Franklyn Roger Alves Silva
Organizador

CPC/2015

PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

2ª edição
revista, ampliada
e atualizada

2019

www.editorajuspodivm.com.br

www.editorajuspodivm.com.br

Rua Território Rio Branco, 87 – Pituba – CEP: 41830-530 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: https://www.editorajuspodivm.com.br/sac

Capa: Ana Caquetti

S586c Silva, Franklyn Roger Alves.
CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública / Organizador Franklyn Roger Alves Silva – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
848 p.

Vários autores
Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2180-8.

1. Direito Processual Civil. 2. Defensoria pública. I. Silva, Franklyn Roger Alves. II. Título.

CDD 341.413

2.ª ed., *2.ª tir.:* abr./2019.

NOTA À 2ª EDIÇÃO

Depois da excelente acolhida por parte de colegas Defensores Públicos e estudiosos interessados na compreensão do novo Código de Processo Civil e sua aplicação no cotidiano da Defensoria Pública, entendemos que a presente obra deveria crescer.

Seis novos colegas embarcaram neste ousado projeto de estudo do Código de Processo Civil, com ricas contribuições a partir de seus artigos sobre nulidades, sujeitos e atos processuais, além do estudo sobre os procedimentos especiais.

Os colegas da primeira edição revisaram seus textos e contribuíram com novos artigos e a obra conta agora com 30 artigos, um aumento de 10 textos em comparação com os 20 que foram apresentados na primeira edição.

Esperamos que essa leitura seja de agrado a todos e de instrumento para a atuação cotidiana na Defensoria Pública.

O organizador.

SOBRE OS AUTORES

Alexandre Mendes Lima de Oliveira

Defensor Público Federal desde maio de 2009 e atualmente chefe da Assessoria Jurídica ao Defensor Público-Geral Federal - AJUR, desde abril de 2016. Graduado pelo Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB em 2004. Especialista em Direito Público pela Faculdade Planalto - IESPLAN em 2005. Foi servidor do Ministério Público da União (Técnico Administrativo e posteriormente Analista Processual) entre 2004 e 2007, lotado no Ministério Público Federal. Foi Procurador da Fazenda Nacional entre março de 2008 e abril de 2009. Foi Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União - ESDPU de janeiro de 2013 a julho de 2014.

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito pela FDUFMG. Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Professor.

Arthur Corrêa da Silva Neto

Defensor Público do Estado do Pará; Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC; Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP; Coordenador Geral da Comissão de Execução Penal do CONDEGE (2015-2016); Membro do Conselho Superior da DPE/PA; Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Pará; Membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária do Pará - CEPCP; Membro do Grupo Condutor da implantação no Estado do Pará da Política Nacional de Atenção Integral a Saúde da Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional - PNAISP; Coordenador Geral do Projeto "Defensoria Sem Fronteiras" do CONDEGE realizados nos Estados do Paraná e Pernambuco; Coautor do Livro *Execução Penal - Novos Rumos, Novos Paradigmas*.

Bruno de Almeida Passadore

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Defensor Público do Estado do Paraná. Ex-Presidente da Comissão de Prerrogativas da Defensoria Pública do

Estado do Paraná. Ex-Defensor Público Auxiliar do Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Paraná.

Cintia Regina Guedes

Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Professora de Direito Processual Civil na FESUDEPERJ. Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Cirilo Augusto Vargas

Defensor Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Processual Civil pela UFMG. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela PUC-MINAS. Ex-integrante do Projeto das Nações Unidas para Fortalecimento do Sistema de Justiça de Timor-Leste. Exerceu as funções de clerk perante a Suprema Corte do Estado do Alabama/EUA e de Defensor Público visitante perante a Defensoria Pública Federal do Estado do Alabama/EUA.

Diego Martinez Fervenza Cantoario

Defensor Público do Estado do Paraná. Mestre em Direito pela UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Diogo Esteves

Mestre e Doutorando em Direito e Sociologia pela UFF. Professor da disciplina Princípios Institucionais na FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Edilson Santana Gonçalves Filho

Formado em Direito e especialista em Direito Processual, atualmente no exercício das funções de Defensor Público Federal. Antes de ingressar no serviço público federal, esteve como Defensor Público do Estado do Maranhão, tendo, anteriormente, exercido a advocacia. É membro do Grupo Nacional de Trabalho para Migrações e Refúgio da Defensoria Pública da União, professor de curso preparatório para carreiras jurídicas e autor das obras "Defensoria Pública e a Tutela Coletiva de Direitos – Teoria e Prática", "A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: sua vinculação às relações particulares" e "Dicionário de Ministério Público", esta última em coautoria.

Fabio Schwartz

Doutorando e Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes – Centro – RJ. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Professor de Direito do Consumidor na Fundação

Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – FESUDEPERJ. Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro.

Felippe Borring Rocha

Mestre (UNESA) e Doutorando em Direito (UFF). Professor de cursos de pós-graduação e cursos preparatórios para concursos públicos. Articulista, palestrante e autor, dentre outros, dos livros Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática, Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais e Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios. Membro do IAB e do IBDP e do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris e da Revista de Direito da DPGE/RJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Franklyn Roger Alves Silva

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ. Professor das disciplinas Direito Processual Penal e Princípios Institucionais na UCAM e FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Helio Antunes Carlos

Defensor Público do Estado do Espírito Santo. Mestrando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC.

Jorge Bheron Rocha

Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com estágio na *Georg-August-Universität Göttingen*, Alemanha. Sócio fundador do Instituto Latino-Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia – ILAEDPD. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Defensor Público do Estado do Ceará. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Graduação e Pós-Graduação.

José Roberto Sotero de Mello Porto

Pós-graduado em Direito Privado pela UCAM. Doutorando e Mestre e doutorando em Direito Processual pela UERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Júlio Camargo de Azevedo

Mestrando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual Paulista "Júlio

de Mesquita Filho" (UNESP). Coordenador-auxiliar do Grupo de Estudos de Direito Processual Civil da Defensoria Pública de São Paulo (GEDPC-DPSP). Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO). Defensor Público no Estado de São Paulo.

Marco Paulo Denucci Di Spirito

Defensor Público em Minas Gerais. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Bacharel em Direito pela UFMG.

Maurilio Casas Maia

Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-graduado *lato sensu* em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Administrativo". Professor de Teoria Geral do Processo (TGP) e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM) e Defensor Público estadual no Amazonas (DP-AM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e da Associação Norte-nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Colunista do sítio eletrônico Empório do Direito. Ex-assistente jurídico de desembargador (TJ-AM) e ex-advogado privado.

Pedro González

Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp | Rede LFG. Professor de Direito Constitucional da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Raquel Brodsky Rodrigues

Defensora Pública Federal desde agosto de 2012. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná no ano de 2008, recebeu a láurea "Prêmio Professor Teixeira de Freitas" pelo melhor desempenho acadêmico da turma de formandos na referida instituição de ensino superior. Pós-graduada no ano de 2011 em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera – UNIDERP, coordenada pelo Prof. Dirley da Cunha Júnior. Entre o segundo semestre de 2011 e o primeiro semestre de 2012, foi assessora jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná.

Régis Gurgel do Amaral Jereissati

Defensor Público no Estado do Ceará. Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará

(UFC). Mestrando em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Ricardo Alves de Góes

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduando em "Ministério Público - Estado Democrático de Direito" pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Assessor de Promotora de Justiça – DAS 5 no Ministério Público do Estado do Paraná.

Roger Vieira Feichas

Defensor Público no Estado de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Público. Autor do livro *Mandado de Segurança – Da teoria à prática* (editora LTR, 2014) – em coautoria com Sérgio Henrique Salvador. Integrante da Câmara de Estudo em Direitos Humanos e Tutela Coletiva da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Vinicius Lamego de Paula

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Defensor Público do Estado do Espírito Santo, atualmente integrante do Núcleo de Defesa Agrária e Moradia (NUDAM).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A produção doutrinária em torno de temas afetos à Defensoria Pública cresceu exponencialmente ao longo da última década. Se na Biologia os pássaros têm papel crucial na disseminação de espécies da flora, quando transportam sementes de uma localidade a outra, os coautores desse livro e muitos outros Defensores Públicos brasileiros também desempenham encargo semelhante.

Basta notar que as principais revistas digitais, físicas e as editoras jurídicas do país têm publicado diversos estudos de autores oriundos da Defensoria Pública, muitos deles dedicados à interlocução da instituição nos diferentes ramos do Direito.

Esse projeto teve início em Curitiba, no fim do ano de 2015, quando um grupo de quatro colegas conversava a respeito da produção científica em torno da Defensoria Pública e a iminência da entrada em vigor do novo CPC.

Entre trocas de e-mails e mensagens de WhatsApp, o que era mero anseio foi ganhando forma, até que agora, é entregue ao mercado o livro de investigação do novo Código de Processo Civil na visão de membros da Defensoria Pública.

O estudo contém substanciosos artigos desenvolvidos por dezessete Defensores Públicos brasileiros, de quase todas as regiões do país, representando excelente doutrina que interpreta o novo Código de Processo Civil e sua utilidade na atuação institucional em prol de hipossuficientes econômicos e vulneráveis.

Foram selecionados os principais capítulos do novo Código de Processo Civil e cada autor dedicou-se a profunda imersão no tema, apontando as suas principais novidades e os reflexos dessas normas no cotidiano de atuação da Defensoria Pública.

Um verdadeiro trabalho de reflexão destinado a todos aqueles que se dedicam ao estudo do processo civil e, em especial, aos Defensores Públicos e candidatos a concursos públicos da Defensoria Pública, pois reflete a visão institucional de nosso novo código.

Não poderia deixar de agradecer a todos os dezesseis colegas que se dispuseram a oferecer seus contributos nesse projeto e desejo que este livro possa, de algum modo, ter a utilidade desejada pelos colegas.

O organizador.

Capítulo I
AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

OS NOVOS PARADIGMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Franklyn Roger Alves Silva

1. INTRODUÇÃO

Dentre as críticas e elogios dirigidos ao NCPC, não podemos deixar de reconhecer a vanguarda do legislador ao destinar capítulo próprio para a definição de normas fundamentais do processo civil.

As sucessivas reformas realizadas à época da vigência do CPC/73 não eram capazes de permitir a adequada sistematização do diploma processual e, especialmente, definir uma axiologia adequada à sua interpretação.

Problema semelhante é encontrado no processo penal. A última grande reforma procedimental ocorreu em 2008 com a modificação dos procedimentos e da disciplina probatória, através da edição das Leis ns. 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

De lá para cá pouco se avançou legislativamente. Ainda resiste a doutrina preocupada em apenas deduzir críticas ao modelo processual penal fascista instaurado em nosso país na década de 40 e que inobserva a verdadeira dismorfia já existente, especialmente pela aceitação da leitura do texto do CPP à luz da Constituição da República.

É fato notório na doutrina e na jurisprudência que o Direito Processual Civil é o mais avançado dos ramos da disciplina adjetiva, servindo de suporte ao Direito Processual do Trabalho, Eleitoral e Administrativo, ao que se depreende do art. 15 do CPC/2015 e ao Processo Penal.

O grande mérito do NCPC é trazer uma disciplina introdutória a respeito das normas fundamentais do processo, orientadoras da interpretação do conteúdo e aplicação do novo Código de Processo Civil. Sobre essas normas é que o presente estudo se debruçará, compreendendo a sua extensão e qual a utilidade no cotidiano forense.

2. BOA-FÉ PROCESSUAL

Dentro da proposta de análise do corpo do novo Código de Processo Civil, somos da opinião que o primeiro aspecto de reflexão diga respeito ao princípio da boa-fé processual expressamente reconhecido pelo art. 5° e também extraído do objetivo de nossa República, quando determina nossa Carta, no art. 3°, I a construção de uma sociedade livre, justa e solidária[1].

O comportamento leal, pautado na boa-fé processual, é um dever aplicado a qualquer pessoa que participa do processo. A extensão é tamanha que alcança não só as partes, mas todos os sujeitos do processo.

Exigir a presença da boa-fé na relação processual também nos obriga a aceitar que os seus efeitos (desdobramentos) tenham incidência no processo, a exemplo do *venire contra factum proprium, supressio, surrectio, duty to mitigate loss* e *tu quoque*.

Já não há mais espaço para o processo como *"jogo de espertezas"*[2], considerando que a pacificação social exige dos indivíduos posturas adequadas. O regramento da boa-fé no CPC não se restringe à orientação do art. 5°. Diversas outras passagens do código explicitam esse dever, a exemplo das sanções aplicáveis aos casos de litigância de má-fé (arts. 79 a 81), o abuso do direito no caso da tutela de evidência (art. 311).

3. A COOPERAÇÃO DAS PARTES

Paralelamente à boa-fé processual, outro princípio que merece reflexão é o da cooperação das partes previsto no seu art. 6°. Sempre tivemos a concepção de que as partes na relação processual não deveriam manter obrigações recíprocas, já que a relação processual deveria servir para assegurar posições de vantagem de uma parte em detrimento da outra e que levassem ao êxito do julgamento da causa.

Com o passar dos anos e maiores reflexões, compreendemos que o processo não poderia servir como um instrumento dedicado ao embate de gladiadores, onde somente um sairia vivo. Se o objetivo da jurisdição é o de pacificação do litígio (escopo social), através da aplicação adequada do Direito (escopo jurídico), nada mais natural que a rusga estabelecida pela relação entre as partes fosse apaziguada pela atuação jurisdicional[3].

1. "É objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com *deslealdade*." (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 107. Vol. I.).
2. *"Mais tarde, já no Rio de Janeiro, como promotor de justiça e como advogado, adquiri minha própria experiência, algumas vezes com sincera frustração, de como as regras legais do direito probatório dificultam a busca da verdade e são manuseadas com frieza na cotidiana administração da justiça, transformando o processo num jogo de espertezas, retrato desfigurado do processo racionalizado e tecnicamente perfeito dos livros de doutrina."* (GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In *Revista de Processo*. Vol. 240. 2015. P. 61 – 136).
3. *"Esse dever de cooperação é imposto a cada uma das partes em relação às outras, em relação ao juiz como sujeito do processo, em relação aos demais sujeitos do processo em relação ao próprio Estado*

Estamos cientes, no entanto, que a cooperação e o espírito de coesão entre as partes jamais derivarão do texto frio da lei, sendo necessário uma série de medidas e adaptações metajurídicas para que o ambiente proposto pelo novo CPC seja implementado na prática.

É certo que a própria cooperação entre as partes no Código de Processo Civil é alvo de incômodos doutrinários[4], especialmente para os autores ainda arraigados no espírito belicista do processo, que não aceitam uma evolução nas relações jurídico-processuais e tendem a reverenciar as famosas *"Rambo Tactics"*[5], que apenas contribuem para a animosidade entre as partes.

No entanto, o processo civil não deveria ser enxergado como um ambiente de enfrentamento[6], mas sim como um espaço democrático de ideias, onde cada uma das partes expusesse seu ponto de vista, até que o amadurecimento decorrente do percurso do procedimento permitisse o alcance da decisão final.

Sendo a cooperação um corolário da boa-fé e da lealdade processual, caberia ao juiz exigir que as partes da relação processual penal assim agissem no

que institui o serviço judiciário como um dos seus instrumentos de realização dos seus objetivos.
(...)
Na abertura do seu livro sobre a lealdade processual, Marie-Emma Boursier proclama que a lealdade implica retidão, honestidade e probidade. E mais adiante enfatiza que a lealdade é uma atitude ética que se desdobra em um conjunto de regras universais que devem ser seguidas por todos os sujeitos do processo para assegurar o respeito aos direitos dos demais sujeitos processuais e à dignidade da própria justiça." (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I. P. 246).

4. *"Superada a incongruência do texto legal em excluir – ou apenas tentar – a execução do alcance do princípio da cooperação, o seu conteúdo não merece elogios. Sempre entendi que o princípio da cooperação seja voltado muito mais ao juiz do que às partes, criando aquele que conduz o processo os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, já que as partes estarão no processo naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade de seus interesses.*
Nesse sentido crítico, Lênio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Berba e Ziel Ferreira Lopes: Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da natureza humana. Freud também." (NEVES, Daniel A. Assumpção. *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas.* Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 16).
5. A doutrina norte-americana tem dedicado rios de tinta para rever e limitar as chamadas *"Rambo Tactics"*, onde o profissional responsável pela representação jurídica age de forma dissociada do ordenamento jurídico, criando uma expectativa de êxito, alimentada pela própria ilusão do cliente e exercendo pretensões infundadas apenas para a satisfação de convicções pessoais do seu constituinte. (HICKS JR., Ronald L. *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihkr-9vqXMAhVLDJAKHWd7CfYQFggzMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.dri.org%2FDRI%2Fcourse-materials%2F2013-Employment%2Fpdfs%2F08_Hicks.pdf&usg=AFQjCNENYZ1iKRu2As5-wU-OSTIJ0ZNDEQ&sig2=sHc_4_owVwe3Ftm1uOqV0Q. Acesso em 23 abr. 2016.).
6. "O processo não pode ser a sede da anomia moral, um lugar para a guerra, a disputa desleal e desregrada, a inimizade, todas próprias do formato bilateral e egoísta do 'processo como jogo'. Preza-se, ao contrário, a solidariedade, sem que a vitória tenha que prevalecer a qualquer preço." (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno.* Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 219.).

curso do procedimento? Cremos que o tema é deverás complexo e neste ponto enxergamos a existência de um dever do juiz e do órgão acusador em agir de forma cooperativa e uma faculdade do acusado e de sua defesa técnica de assim se portar na relação jurídico-processual.

O Estado é o primeiro que não pode fugir as amarras das normas constitucionais e processuais, daí o porquê de se reforçar a invalidade das provas produzidas por meios ilícitos e os comportamentos desleais ou contraditórios. As diversas funções desempenhadas pelo Estado (Fazenda Pública, Ministério Público, Defensoria Pública e Juiz) exigem a atuação cooperativa.

O próprio juiz também deve agir de modo cooperativo com as partes, contribuindo com esclarecimentos sobre as suas posturas dentro e fora do processo (imposição de medidas cautelares) em autêntico dever de prevenção[7], conferindo auxílios aptos a reequilibrar a relação processual (deferimento de provas e diligências destinadas à demonstração das teses) sem qualquer pré-julgamento da causa.

Se o dever de cooperação deriva da natureza estatal do sujeito processual, ainda mais razões existem para se impor o dever de cooperação ao juiz. Com a adoção de um modelo cooperativo e a divisão mais clara e leal de funções, pautadas no diálogo recíproco, torna-se possível a conformação de um processo civil democrático, em que as partes tenham posição equivalente e determinante no caminho da decisão final.

4. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

O art. 8° do NCPC contém uma série de princípios aplicados à relação processual. De acordo com seu texto, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República, nada mais natural que a atividade jurisdicional e, consequentemente, o processo, fosse o primeiro ambiente onde ela fosse assegurada. Especialmente nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública, seus membros e todos os sujeitos do processo devem encarar o necessitado sem qualquer tipo de estigma, assegurando o acesso à justiça em pé de igualdade ao cidadão mais abastado.

O devido processo legal traz consigo as concepções de legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, o que significa dizer que as garantias previstas no ordenamento jurídico devem sempre ser asseguradas às partes e, fora das hipóteses de convenção processual, o procedimento a ser seguido é do próprio código, não havendo espaço para a "criação de ritos particulares".

7. *"O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo."* (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 130. Vol. I).

A previsibilidade do procedimento é uma garantia que deve ser assegurada às partes que buscam o Poder Judiciário para a solução da lide[8], derivada do devido processo legal.

A publicidade das decisões é a regra geral da atividade jurisdicional, já que emana, prioritariamente dos arts. 93, IX e 5°, LX da Constituição da República. Nossa própria carta transfere ao legislador infraconstitucional a possibilidade de limitar a publicidade do processo, o que ocorre no art. 189 do NCPC.

De acordo com o código, o segredo de justiça incidirá nos casos em que o interesse público ou social assim exigir; nas demandas que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes, diante da natureza particular do interesse deduzido; nos casos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e nas demandas que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

5. CONTRADITÓRIO

A preservação do contraditório na relação processual é, talvez, uma das mais importantes previsões do capítulo de normas fundamentais do processo civil. Os novos paradigmas trazidos pelo legislador revelam o alinhamento de pensamento à doutrina moderna que não mais encara o contraditório como a simples garantia da audiência bilateral.

Enxergar o contraditório apenas como a possibilidade de ciência e reação é uma visão reducionista do princípio. De fato, o contraditório possui essa vertente da participação na relação processual. No entanto, a doutrina moderna já reconhece também a possibilidade de influenciar o juiz na tomada da decisão como uma característica do contraditório.

Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e não interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo.

A primeira proteção ao contraditório se extrai do art. 7°, quando o NCPC determina que seja assegurada às partes a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

8. *"Considerar o devido processo legal como fundamento dos deveres de proporcionalidade ou razoabilidade não significa dizer que esses deveres apenas se aplicam ao âmbito processual jurisdicional. Como já se disse, o devido processo legal é princípio que se aplica em qualquer produção normativa, inclusive no processo de produção de negócios jurídicos, como será visto adiante."* (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil.* 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 71.).

Esse dispositivo quer consagrar a isonomia processual, posto que o NCPC entende que as partes em litígio devem ocupar posições de equilíbrio na relação processual, podendo elas ter aptidão plena ao exercício de seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais.

A isonomia processual, no entanto, não transparece o conteúdo da isonomia processual. Em diversas passagens do CPC, veremos exceções à isonomia formal, especialmente em razão da vulnerabilidade de uma das partes, a exemplo dos incapazes. O NCPC é alinhado à concepção de isonomia material, conferindo tratamento desigual a pessoas em condição de desigualdade.

Há uma preocupação evidente do CPC com a isonomia processual, tanto que a parte final do art. 7° atribui ao juiz o dever de assegurar o contraditório das partes. Especialmente nas hipóteses em que a parte não está na plenitude de suas faculdades, deve o juiz assegurar a ela o contraditório.

É por essa razão, por exemplo, que o art. 72 determina a atuação da curadoria especial em favor das partes incapazes e ausentes (réu revel preso ou citado fictamente), a ser desempenhada pela Defensoria Pública, nos termos do parágrafo único, do art. 72 do NCPC e do art. 4°, XVI da LC n. 80/94.

Da mesma forma, a flexibilização procedimental prevista no art. 139, VI do NCPC é uma forma de zelar pelo contraditório, especialmente quando o juiz amplia um prazo, permitindo que a parte possa melhor se manifestar sobre o que ocorre nos autos.

Uma outra derivação do contraditório é extraída do art. 9°. O NCPC não autoriza que uma decisão seja proferida contra uma parte sem que ela tenha a prévia oportunidade de se manifestar. O próprio legislador, no entanto, entende que esse dogma não pode ser absoluto e, por isso, permite no parágrafo único, exceção à regra do contraditório, nos casos de tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, II e III e a decisão na Ação Monitória, nos termos do art. 701.

Note-se que o parágrafo único não está a proibir o contraditório. O que pretende o código é postergá-lo para momento posterior à decisão judicial. O legislador entendeu que as três hipóteses do parágrafo único do art. 9° exigem pronta intervenção do Poder Judiciário, o que significa transferir o contraditório para outro momento, mas jamais afastá-lo.

6. VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA

Os novos paradigmas trazidos pelo CPC/2015 também trouxeram limitações à atividade jurisdicional decisória, derivados da concepção do contraditório como possibilidade de influência. Através da na redação revolucionária dos arts. 6° ("*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*") e 10 do novo CPC ("*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*"), o Juiz não pode prolatar decisão judicial que adote fundamento não discutido pelas partes.

A concepção reducionista do contraditório como o direito de ciência e resposta à pretensão (binômio informação x reação), a audiência bilateral, não tem mais espaço no direito processual atual, especialmente quando enxergado à luz da Constituição. A efetividade do princípio passou a ser reconhecida através da garantia da informação, reação e influência, instalando-se um verdadeiro contraditório participativo[9].

Se levarmos em conta que o princípio do contraditório deve expressar o próprio Estado Democrático de Direito e compreende o aspecto de influência[10], a possibilidade de as partes contribuírem de forma ativa na construção da decisão de mérito é um caminho imperativo.

Todas as partes não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da qualificação jurídica dos fatos discutidos na causa, posto que o contraditório é um princípio de qualquer processo, seja cível, penal, trabalhista etc.

Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático.

A nosso ver, quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício[11], está o código a prestigiar um processo democrático, onde a troca de ideias seja sua característica predominante.

O que se pretende evitar é a chamada "decisão-surpresa" e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.

---

9. *"Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes, e não apenas as escute. Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto de sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento."* (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I. P. 514.).

10. *"Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo."* (TORRES, Ricardo Lobo; et al. *Dicionário de princípios jurídicos.* São Paulo: Elsevier, 2011. P. 200).

11. *"Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão."* (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I),

Não pode o juiz, por ocasião da sentença e diante dos paradigmas aqui apontados, adotar qualificação jurídica diversa ao fato, sem oportunizar o debate entre as partes. Seja através da interrupção da fase decisória ou até mesmo durante a instrução processual, caberá ao juiz buscar esse diálogo com as partes e provocá-las a se manifestar sobre as impressões que elas possuem a respeito do seu entendimento, sem que isso signifique um pré-julgamento. Na verdade, o que temos é um verdadeiro dever de consulta, oriundo da própria cooperação processual[12].

O sistema sabe que o *"juiz conhece o direito"*. Mas, as partes também conhecem e devem ter a oportunidade de expor o seu ponto de vista sobre o modo de interpretação das normas jurídicas.

Caberá ao juiz proporcionar às partes a possibilidade de apresentar fundamentos que justifiquem a pertinência ou não da adoção de determinado fundamento ou qualificação jurídica que, inclusive, passará ser objeto de apreciação obrigatória e resposta na sentença, por força da necessidade de também se aplicar o art. 489, IV do novo CPC (*"não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador."*) ao processo penal.

7. REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno.* Rio de Janeiro: Forense, 2009 (p. 219).

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* Vol. I. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In *Revista de Processo.* Vol. 240. 2015. P. 61-136.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HICKS JR., Ronald L. *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel.* Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihkr-9vqXMAhVLDJAKHWd7CfYQFggzMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.dri.org%2FDRI%2Fcourse-materials%2F2013-Employment%2Fpdfs%2F08_Hicks.pdf&usg=AFQjCNENYZ1iKRu2As5-wU-OSTIJ0ZNDEQ&sig2=sHc_4_owVwe3Ftm1uOqV0Q. Acesso em 23 abr. 2016.

NEVES, Daniel A. Assumpção. *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas.* Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 16.

TORRES, Ricardo Lobo; et al. *Dicionário de princípios jurídicos.* São Paulo: Elsevier, 2011. P. 200.

12. *"O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se."* (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 129. Vol. I),

CAPÍTULO II
DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

SISTEMAS PROCESSUAIS: A QUESTÃO DA APLICAÇÃO SUPLETIVA E SUBSIDIÁRIA DO ART. 15 DO NOVO CPC

Jorge Bheron Rocha

Sumário: 1. Introdução; 2. O artigo 15 do novo CPC: alusão expressa à aplicação subsidiária e supletiva; 3. Processual penal e o art. 15 do NCPC: lacuna ou silêncio eloquente?; 4. Notas conclusivas.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) – Lei nº 13.105/2015 – se constitui em *"uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo"*[1] e equalizado com a Constituição Federal de 1988 e as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Formulando de outra maneira: o NCPC busca assegurar a consecução do Estado Democrático de Direito, do Regime Republicano e a concretização dos fundamentos da cidadania e da dignidade humana, através do acesso à ordem jurídica justa traduzida em uma prestação jurisdicional comprometida com os princípios constitucionais. Outro não poderia ser o caminho, tendo em vista que, nas palavras da comissão de juristas responsável pela confecção do anteprojeto, este deveria se conformar com a Constituição Federal e explicitar *"a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais*[2]*"*.

Verdadeiramente, deve o processo civil ser ordenado e disciplinado a partir das normas fundantes da Constituição Federal, em cuja estrutura deve alicerçar seus dispositivos, e, principalmente, tornar-se a expressão concreta do direito fundamental ao processo justo, ou seja, as normas processuais devem ser

1. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 25

2. Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Civil. Comissão de Juristas. Comissão de Juristas encarregada na elaboração do Anteprojeto do Novo CPC, instituída pelo Ato n. 379/2009, do Presidente do Senado Federal, de 30/09/2009.

uma decorrência, não obstante espargida, do conteúdo delineado pelas normas constitucionais.

Em todo caso, deve se estar atento ao fato de que *"todo direito infraconstitucional só pode ser entendido como direito constitucional concretizado"*[3].

2. O ARTIGO 15 DO NOVO CPC: ALUSÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA

O artigo 15 do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, dispõe acerca da possibilidade de aplicação das normas processuais ali insertas a outros sistemas processuais pátrios:

> *"Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".*

Este dispositivo da lei geral processual civil trata de sua aplicação, supletiva e subsidiária, aos processos civis eleitorais, trabalhistas ou administrativos, regulados estes por leis especiais.

Ordinariamente, é o processo especial que faz referência à aplicação subsidiária do processo comum (assim, por exemplo, o artigo 769 da CLT). Aqui, entretanto, verifica-se que o legislador preferiu introduzir a referência da aplicação supletiva e subsidiária no próprio processo comum, espancando qualquer dúvida e preferindo, por assim dizer, um "excesso de zelo" a uma lacuna que poderia ser interpretada como um "silêncio eloquente".

Por outro lado, a explicitação da aplicação subsidiária e supletiva dirime dúvidas que poderiam surgir sobre a aplicação dos institutos inovadores trazidos pela lei 13.105/2015 que, *prima facie*, poderiam ser rechaçados como incabíveis, sem uma maior investigação sobre sua aplicabilidade.

Com efeito, a disposição do Art. 15 trouxe uma regra interpretativa de que se presumem aplicáveis todos os institutos do Novo Códex, não o sendo apenas quando claramente houver disposição plena e eficiente em sentido diverso, ou quando mesmo diante da ausência de disposição no processo civil especial, as normas do NCPC se revelam absolutamente incompatíveis. Portanto, ante a expressa previsão do art. 15, a aplicação dos institutos do Novo Código Civil são a regra, e sua inaplicação se constitui exceção que requer decisão fundamentada do julgador.

Teremos, assim, a possibilidade de uma aplicação supletiva das normas do chamado processo civil geral, na hipótese de disciplinamento incompleto ou deficiente destes ordenamentos processuais especiais, uma vez que a aplicação supletiva é complementar. Haverá, assim, um fortalecimento, por meio da explícita disposição do art. 15, da aplicação do NCPC ao processo eleitoral, do

3. MACHADO, Jónatas. Liberdade de Expressão. Interesse Público e Figuras Públicas e Equiparadas. In Separata do Boletim da Faculdade de Direito nº 85. Universidade de Coimbra. 2009. P. 76

trabalho e administrativo, de forma concomitante e complementar, possibilitando uma maior integração e operando o aperfeiçoamento das regras processuais do ordenamento jurídico, conferindo-lhes maior efetividade e harmonia.

Em outro sentido, será caso de aplicação subsidiária quando houver ausência de regramento específico, e as normas do Novo CPC se mostrarem compatíveis com a sistemática do processo civil especial que se pretende suprir, de forma a integralizar o ordenamento ante a presença de lacunas, também como técnica que imprime efetividade e segurança. Há se verificar uma perfeita consonância entre as normas do novo Código com a natureza dos demais sistemas processuais específicos (trabalhista, eleitoral ou administrativo), verificando-se se não há incompatibilidade ou se o silêncio não foi uma escolha do próprio legislador.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil, quando for o caso, se aplica imediatamente a todos os processos em curso (art. 14), mantendo incólumes *os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas,* sob a vigência da norma revogada.

Entendemos plenamente aplicáveis aos sistemas processuais eleitoral, trabalhista e administrativo, além das normas fundamentais, v.g. interpretado conforme os valores e as normas constitucionais (art. 1°); boa-fé processual (art. 5°); *par conditio* (art. 7°); princípio da não surpresa (art. 9°); contraditório substancial (art. 10), julgamento de acordo com a ordem cronológica (art. 12), também são aplicáveis outras disposições, tais como as regras de fundamentação das decisões judiciais (art. 489).

Na verdade, o Capítulo "DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL", introdutório ao Novo Código de Processo Civil, muito mais se assemelha a um Capítulo sobre NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO, de uma forma geral, ressalvada uma ou outra disposição muito específica que não tem (ainda?) aplicabilidade no âmbito dos demais sistemas processuais, tal como a arbitragem[4].

2.1. Aplicação do NCPC ao Processo Eleitoral

O Processo Eleitoral, entendido como o conjunto de normas (ou enunciados normativos) processuais que disciplinam as específicas demandas eleitorais, está disciplinado em leis esparsas, não havendo um Código de Processo Eleitoral específico[5].

4. V.g. o §1º do art. 3º.
5. Alerta-nos Francisco Landim para o fato de que *"há uma significativa variedade de processos eleitorais, com pressupostos, institutos e escopos próprios, dando lugar à formação de verdadeiros microssistemas normativos processuais, que não podem ser designados senão como Direitos Processuais Eleitorais"* in LANDIM FILHO, Francisco Antônio Paes. Direito Processual Eleitoral ou Direitos Processuais Eleitorais? – As leituras críticas da locução processo eleitoral. Revista Eleições & Cidadania – Tribunal Regional Eleitoral do Piauí, v. 2, p. 11-39, 2011. P. 13.

De fato, as normas processuais eleitorais, além das parcas menções na Constituição Federal[6], estão disciplinadas na lei 4737/65 (Código Eleitoral), na lei complementar 64/90 (lei das inelegibilidades), na lei 9.096/95 (lei dos partidos políticos); na lei 9.504/97 (leis das eleições); além de diversas disposições nas Resoluções do TSE[7].

O Novo Código de Processo Civil, ao lado da possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária, também trouxe alteração expressa ao texto do Código Eleitoral relativamente à disciplina dos embargos de declaração. Observe-se, neste ponto, que o regramento dos Embargos dado pelo Novo CPC é diferente para as situações abarcadas pelo próprio Código Civil e para aquelas sob a égide do Código Eleitoral. Para este, o prazo de oposição dos embargos é de 3 (três) dias (art. 1.067); naquele, o prazo é de 5 dias.

Relativamente à aplicação subsidiária do processo civil geral ao processo eleitoral, a jurisprudência já havia firmado possibilidade *"quando ausente disciplina própria para a matéria no processo eleitoral"*[8], entretanto, em 15 de junho de

6. Art. 14, §10° e §11 e art. 122, §3° e §4°.

7. Marcelo Abelha, em análise crítica, afirma que *"embora o papel do TSE esteja limitado a expedir resoluções e instruções que apenas deem fiel cumprimento a lei, a grande verdade é que tal órgão tem se imiscuído no papel de legislar, e, tem feito isso sob a justificativa (verdadeira) de que na ausência de norma federal – muitas vezes proposital – não poderia deixar o direito material eleitoral à mercê da vontade- ou falta de – do Congresso Nacional"* in A subsidiariedade do CPC no processo eleitoral, artigo escrito pelo autor inspirado na palestra ministrada nas VIII Jornadas de Direito Processual Civil, que ocorreram na cidade de Vitória, ES, entre 21 e 24 de junho de 2010. Em sentido diverso, leciona Marcos Youji que a *"importância da expedição dessas resoluções de caráter interpretativo e regulatório a cada eleição dá-se em função da linguagem aberta e de conteúdo político que caracteriza as normas constitucionais e processuais eleitorais, da eventual deficiência da legislação eleitoral elaborada pelo Poder Legislativo, e do emprego de novas tecnologias ao processo eletrônico (...) dinamicidade dos valores sociais e políticos, assim como a evolução acentuada das técnicas de comunicação aplicáveis ao processo eleitoral (...). As resoluções, então, vão determinar o alcance dos enunciados normativos com base na experiência e nos julgados verificados das eleições anteriores e nos valores políticos predominantes naquele momento, assim como estabelecer novos procedimentos que tragam modernidade ao processo".* MINAMI, Marcos Youji. Do Conceito de Processo Eleitoral Brasileiro. 2013. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). P. 85 e 86.

8. TSE AgR-AI n. º 6809/SP, Relator Ministro Caputo Bastos, de 11.4.2006. E mais: RECURSO ELEITORAL - REGÊNCIA. Observadas as normas especiais contidas no Código Eleitoral e na legislação eleitoral, são aplicáveis subsidiariamente, no processo eleitoral, as normas do Código de Processo Civil. RECURSO ELEITORAL - DEVOLUTIVIDADE. Aplica-se ao recurso eleitoral da competência dos Tribunais Regionais o que se contém, sob o ângulo da devolutividade da matéria impugnada, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 515 do Código de Processo Civil. (TSE - Espe - Recurso Especial Eleitoral nº 2325 - Meruoca/CE Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/12/2012); 1. É aplicável à Justiça Eleitoral a Lei nº 12.322/2010, que alterou o art. 544 do Código de Processo Civil e transformou o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso especial em agravo a ser processado nos próprios autos. 2. A jurisprudência deste Tribunal consolidou-se quanto à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no que tange à formação do agravo de instrumento, razão pela qual não procede a alegação de que a disciplina específica do Código Eleitoral impede a aplicação de dispositivos do Código de Processo Civil relacionados à matéria. (TSE – AgR-AI

2016, foi publicada a Resolução n° 23.478, que *estabelece diretrizes gerais para a aplicação da Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil, no âmbito da Justiça Eleitoral.* A citada Resolução, a nosso ver de forma precipitada, sem ainda o experimento do tempo e das práticas, estabelece o que se pode e o que não se pode aplicar do Novo Código de Processo Civil no âmbito da Justiça eleitoral.

Com efeito, à partida, a Resolução 23.478/2016 operou a exclusão de importantes institutos trazidos pelo Novo CPC, dentre eles: o *Amicus Curiae* (art. 5°); a conciliação e a mediação (art. 6°); a contagem dos prazos em dias úteis; os prazos recursais previstos no Novo Código de Processo Civil, mesmo quando a lei eleitoral não fixar prazo especial, caso em que se aplicará o prazo de 3 (três) dias (art. 258 do Código Eleitoral); a contratualização do processo prevista nos arts. 190 e 191; bem como mitigadas as hipóteses de julgamento de recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.042), uma vez que esta sistemática *"não se aplica aos feitos que versem ou possam ter reflexo sobre inelegibilidade, registro de candidatura, diplomação e resultado ou anulação de eleições".*

Por outro lado, a citada Resolução estabelece expressamente a aplicação dos art. 9° e 10, que se relacionam a impossibilidade de se prolatar decisão surpresa; do art. 224, que trata do termo inicial e final da contagem do prazo; art. 203, § 4°, que possibilita que os atos meramente ordinatórios sejam *praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.*

Verifica-se, na verdade, que a citada resolução se preocupa muito mais em estabelecer o que não se aplica, criando exceções, nem sempre razoáveis, ao desenho processual trazido pelo Novo CPC, como, por exemplo, a vedação de *amicus curiae*, sem permitir que o tempo traga maiores reflexões doutrinárias e experiências jurisprudenciais sobre a questão, diante, inclusive, do eminente interesse coletivo das ações eleitorais.

Ademais, se levarmos em consideração que o Novo Código de Processo Civil é a viva expressão das normas constitucionais aplicadas ao processo civil, a negação de plano da aplicação das regras inovadoras por ele trazidas traduz-se em potencial inconstitucionalidade a ser arguida oportunamente em face da Resolução n° 23.478/2016.

Logicamente, existem outras hipóteses não mencionadas na resolução, tais como o imperativo de uniformização, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência eleitoral (art. 926), plenamente compatível e aplicável ao processo eleitoral.

- Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 12831 – Belo Horizonte/MG – Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES – Publicação: DJE – Diário de justiça eletrônico, Tomo 82, Data 03/05/2012, P. 285)

2.2. Aplicação do NCPC ao Processo Trabalhista

A aplicação subsidiária do Processo Civil ao Processo do Trabalho já se encontra prevista no Decreto-Lei nº 5.452, de 1° de maio de 1943 – a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos seguintes termos:

> *Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.*
>
> *Art. 889 – Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.*

Certamente a disposição do art. 15 do Novo CPC, assim também em relação aos processos eleitoral e administrativo a que expressamente se refere, teve o nítido escopo de aproximação entre os ramos do processo civil, comum e especial, de forma que, além de promover uma integração entre si, proporciona uma harmonia perfeita destes com as normas Constitucionais dirigentes do processo justo.

Entretanto, relativamente ao processo do trabalho, em razão do citado art. 769, candente é questão de se saber se houve ou não revogação tácita desta norma pelo art. 15, uma vez que este trata da mesma questão, e, em certa medida, de forma diversa e aparentemente com maior alcance.

O Tribunal Superior do Trabalho tentou dar cabo deste vívido debate com a edição da Instrução Normativa nº 39 (IN39), que *"dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho"*, alertando, de forma expressa em seu texto, que tal disciplinamento não exaure o âmbito de discussão da questão.

Já em seus "Considerandos", a citada IN39 informa que *"as normas dos arts. 769 e 889 da CLT não foram revogadas pelo art. 15 do CPC de 2015, em face do que estatui o art. 2°, § 2° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro"*. Para a Corte Trabalhista, o art. 15 do Novo CPC estabelece tão somente disposições processuais gerais que não prejudicam as disposições especiais previstas na CLT, de forma que não teria o condão de revogar ou modificar tais dispositivos.

Parece-nos deveras lacônico tal argumento, e, outrossim, incompleto, até porque, em se invocando a norma disposta no §2° do art. 2° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é intuitivo que também nos debrucemos sobre o §1° do mesmo artigo, que nos alerta que há revogação tácita nos casos em que a novel disposição *"regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*.

Forte deve ser a crítica a esta Instrução Normativa do TST, no mesmo tom que aquela dirigida à Resolução do TSE, tendo sido ambas tomadas sem que se fossem colocados maiores fundamentos e sem uma maior discussão entre os doutrinadores específicos das matérias ou mesmo permitir uma maior experimentação entres os próprios operadores do Direito. Na verdade, resta claro que se trata da exteriorização de opções tomadas pelos Ministros da Cortes Superiores dentre várias alternativas possíveis.

A questão é de suma importância, haja vista que depende deste entendimento a aplicação de um sem número de novos institutos trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, bem como da aplicação de novas disposições de velhos institutos.

Na doutrina, ainda não há um consenso sobre a relação entre o art. 15 e as disposições dos arts. 769 e 889 da CLT, alguns autores entendem que se operou a revogação total, outros pela não revogação. Os primeiros explicam que o art. 15 *"veicula norma que disciplina, exaurientemente, a matéria disciplinada pela norma veiculada no art. 769 da CLT"* trazendo regra diversa, inclusive eliminando a exigência de compatibilidade das normas do NCPC a serem aplicadas à sistemática processual trabalhista[9].

De outra banda, alguns dos autores que entendem pela não revogação se escoram nos seguintes argumentos: o art. 15 do NCPC não revoga expressamente o art. 769 da CLT, tampouco regula a matéria de forma integral; não são incompatíveis o art. 15 NCPC e o art. 769; o art. 769 da CLT e o art. 15 do CPC/2015 devem ser interpretados sistematicamente; a norma veiculada pelo art. 15 do CPC é "lei geral" em relação à norma veiculada pelo art. 769 da CLT[10], daí porque não opera revogação.

A nosso sentir, a questão se cinge em comparar a natureza, hierarquia e âmbito de aplicação dos arts. 15 do NCPC e 769 da CLT.

Pois bem, tanto a disposição do Novo Código de Processo Civil, quanto a disposição da Consolidação das Leis do Trabalho não trazem, de fato, disposições processuais, ou seja, não lidam com matéria estritamente processual, são, na verdade, regras de aplicação de disposições, muito semelhantes àquelas que estão dispostas na própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Conclui-se que não há se falar, entre elas, de natureza de norma geral ou normal especial.

Não obstante a CLT tenha sido introduzida no ordenamento jurídico por intermédio de um Decreto-lei ainda sob a égide da Constituição de 1937, teve sua recepção operada pelo ordenamento jurídico vigente a partir da Constituição de 1988, e as disposições que a integram só podem ser modificadas ou

9. GUERRA, Marcelo. CPC/2015 e processo do trabalho (1) – sobre a revogação do art. 769 da CLT pelo art. 15 do CPC/2015 in http://analisecriticadocpc2015.blogspot.com.br/2016/04/cpc-2015-e-processo-do-trabalho-1-sobre.html

10. Assim: LAURINDO, Salvador Franco de Lima. In https://www.esaoabsp.edu.br/Artigo.aspx?Art=143; SCHIAVI, Mauro. In http://www.trt7.jus.br/escolajudicial/arquivos/files/busca/2015/NOVO_CODIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SUPLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf

suprimidas através de lei ordinária, conforme o atual processo legislativo constitucional[11], tal e qual ocorre com o Novo CPC, lei ordinária.

Assim, hierarquicamente falando, não se pode falar em lei superior ou inferior na comparação entre NCPC e CLT.

Passando-se a analisar a amplitude da aplicabilidade das normas em análise, vale verificar que o art. 15 do NCPC tem em si insertas três distintas normas, que foram agregadas ao mesmo artigo por uma questão de técnica gramatical – *fórmula verbal sintética*[12]. Especificamente acerca da aplicação do NCPC ao processo do trabalho, a norma do artigo 15, retirando-se os termos gramaticais com referências a outras normas, dispõe que *"na ausência de normas que regulem processos trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente"*.

Assim comparadas ambas as normas, deflui-se que tratam precisamente do mesmo assunto e em igual amplitude, qual seja a aplicação das disposições do processo civil aos processos trabalhistas.

Mesmo é o âmbito de aplicação, mas diversa é a disposição, pois o art. 769 da CLT dispõe que as regras do processo civil só podem ser aplicadas de *forma subsidiária* e *naquilo em que for compatível*, enquanto que o art. 15 do NCPC determina a aplicação *subsidiária e supletiva*, silenciando acerca da compatibilidade.

Ora, não sendo caso de relação entre norma superior e norma inferior, nem de norma geral e norma especial, mas tão somente de aparente conflito de norma anterior com norma posterior, tratando ambas da mesma matéria de forma distinta, é hipótese de aplicação do §1° do e não do §2° do art. 2° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, opera-se a revogação do art. 769 da CLT pelo art. 15 do NCPC.

Dessarte, a CLT deve ser interpretada fundamentalmente sob o prisma dos preceitos constitucionais do processo justo, daí a necessidade de sua suplementação e complementação a partir de um Código de Processo gestado e desenvolvido buscando a *realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.*

Esta necessidade de plasmar a interpretação da CLT com a ambiência constitucional da Carta de 1988, além de ser feita de forma direta CLT- Constituição, também deve ser realizado de forma indireta, CLT-NCPC-Constituição, haja vista que o Novo CPC é legislação gestada já a partir das premissas da Constituição de 1988.

11. Referindo-se a este fenômeno jurídico, alguns doutrinadores costumam descrevê-lo, erroneamente, como: a CLT foi recepcionada como lei ordinária.

12. Neste sentido: *"Para não restar dúvida, sobre isso, a fórmula verbal que constitui o art. 15 do CPC/2015 é idêntica, em seu sentido, ao seguinte conjunto de fórmulas linguísticas: a) Na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. b) Na ausência de normas que regulem os processos trabalhistas, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. c) Na ausência de normas que regulem os processos administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".* GUERRA, Marcelo. Op. cit.

O processo trabalhista deve ser lido e interpretado com os olhos da Constituição, esta nova forma de o entender propicia uma maior harmonização com as disposições das legislações que já foram editadas sob o enfoque na nova ordem constitucional, o que não significa que todas as disposições do Novo CPC serão aplicáveis ao processo laboral, pois este permanece com suas peculiaridades.

Em todo caso, a compatibilidade do Novo CPC deve ser com a "renovada" CLT.

Assim, não obstante tenha se operado a revogação do art. 769 da CLT e com ele a expressa referência à necessidade de compatibilidade entre as normas do processo civil e do processo trabalhista, esta se constitui, a nosso ver, em exigência próprio do sistema e em razão das peculiaridades de direito material perseguido. É, assim dizer, o Estado ajustando o procedimento às especificidades da causa.

Podemos então exemplificar que o Novo CPC poderá complementar as regras atinentes à questão da distribuição dinâmica do ônus da prova, harmonizar, por serem mais detalhistas as hipóteses de impedimento e suspeição dos sujeitos processuais, nomeadamente do Juiz, as normas disciplinadoras da tutela provisória, o instituto do *amicus curiae*, entre outros.

2.3. Aplicação do NCPC ao Processo Administrativo

O NCPC, a partir de sua vigência, passou a ter incidência sobre todos os processos administrativos, não obstante permaneçam incólumes as leis que tratam da matéria, entre elas a lei 9.784/1999, ocorrendo tão somente à aplicação harmônica, de forma supletiva e subsidiária, do regramento do Novo Códex à sistemática da processualística administrativa.

Da mesma forma com o que ocorre com o processo eleitoral e trabalhista, as regras do Novo CPC serão aplicadas supletivamente quando houver disciplina incompleta ou deficiente das normas do processo administrativo. Ademais, poderão ser objeto de aplicação subsidiária quando houver omissão não desejada pelo legislador.

Tanto em uma quanto na outra hipótese, a aplicação requer a compatibilidade entre as normas do processo civil geral e as normas processuais administrativas.

As hipóteses já delineadas de aplicação das normas fundamentais do processo civil também são plenamente aplicáveis ao processo administrativo, de acordo com sua natureza e, em certa medida, com as adaptações que forem necessárias.

Assim, no âmbito dos processos administrativos se pode impor o dever de boa-fé processual (art. 5°); a igualdade entre as partes (art. 7°); o dever de não prolação de sentença sem que as partes se manifestem sobre as questões a serem decididas (art. 9° e art. 10) e do dever de fundamentar devidamente as sentenças (art. 489).

Os tribunais administrativos devem, outrossim, zelar pela estabilidade, integridade e coerência das decisões, buscando a uniformização da jurisprudência administrativa (art. 926).

Contrariamente com o que ocorre com o processo eleitoral, em que fora vedada pela Resolução n° 23.478/2016 do TSE a possibilidade de se utilizar da conciliação e da mediação, no processo administrativo tais modalidades de resolução de conflitos poderão e deverão ser efetivamente manejadas, por expressa previsão na lei n° 13.140/2015.

De outra parte, será possível às partes dialogarem e firmarem acordo sobre a forma procedimental da demanda administrativa – realização de negócios jurídicos processuais, a qual poderá ser objeto de contratualização quando aos seus ônus, poderes, faculdades e *deveres processuais,* possibilitando, inclusive, a calendarização dos atos processuais, ajustando o procedimento às especificidades da causa (art. 190 e 191).

Assim, o processo administrativo ganha novos ares e nova roupagem com a possibilidade plena de ser *"ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil"* (art. 1°), seguindo a matriz normativa do Novo CPC no que for possível fazê-lo.

3. PROCESSUAL PENAL E O ART. 15 DO NCPC: LACUNA OU SILÊNCIO ELOQUENTE?

Relativamente ao Processo Penal, a situação é bem diversa, o art. 15 do Novo CPC não faz qualquer menção de aplicação, seja subsidiária, seja supletiva. Seria este silêncio uma omissão voluntária, exatamente para significar a não aplicação do Novo CPC de forma subsidiária ou supletiva ao velho CPP, fora das hipóteses de aplicação expressa?

Cremos que não, pois, para tanto, seria necessária a revogação expressa do art. 3° do vetusto CPP que determina que a *"lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito"*, o que não ocorreu, ou, ainda, uma revogação tácita, o que também não se operou, não se podendo conceber um silêncio do legislador tão eloquente e robusto de forma que *"regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"*.

Aliás, como dito anteriormente, ordinariamente é a norma processual especial que faz referência à aplicação dos institutos da norma processual geral, se bem que não se pode falar, nesta hipótese, propriamente de uma relação de generalidade e especialidade entre os processos civil e penal.

Para os autores que acreditam que a compartilha de conceitos como *"a previsão de procedimentos, a existência de pressupostos processuais, as características da jurisdição, a divisão de encargos entre os sujeitos do processo"*[13] autorizam a compreender uma teoria geral do processo, esta seria o elo de conexão entre os ramos processualísticos civil e penal, a partir do qual poderia existir um âmbito de aplicação das normas processuais civis, especialmente com a leitura do art. 3° do CPP na parte que admite a suplementação pelos *princípios gerais de direito.*

A crítica a este pensamento se dá em razão de que, na verdade, a posição de preponderância nesta teoria é a do processo civil, o que se percebe imediatamente pelo tão-só fato de que os Códigos de Processo Civil (1973 e 2015) não se referem, em nenhum momento, à utilização subsidiária ou supletiva de outras fontes normativas processuais. Dizendo de outra forma: a teoria geral do processo, não obstante se queira geral, está fundada precipuamente nos regramentos do processo civil, servindo como fonte para os demais ramos, se constitui, na verdade, em uma teoria do processo civil[14].

Para outros autores, posição a qual chancelamos, o processo civil *"não serve para compreender o que é o processo penal: serve para compreender o que não é"15,* tendo-se em mente que o processo penal é, antes de tudo, uma garantia fundamental do indivíduo em face do poder punitivo do Estado – *das kälteste aller kalten Ungeheuer*[16], regulamentando as hipóteses e a forma com que poderá o cidadão ter seus bens jurídicos (vida, liberdades, patrimônio, etc.) retirados ou restringidos, a título cautelar ou punitivo.

Há distância entre processo civil e penal. No processo penal pode haver, por exemplo, medida cautelar sem ação penal (art. 319, VIII e 322, do CPP), e, por outro lado, não pode haver julgamento antecipado condenatório de mérito mesmo diante de incontrovérsia, por exemplo, quando o réu reconhece a prática do delito na resposta escrita à acusação.

Assim, sob este aspecto, verifica-se de plano que o âmbito de aplicação das normas do Novo CPC ao processo penal é bem mais restrito do que em relação aos processos eleitoral, trabalhista e administrativo.

Contudo, tendo em vista que o NCPC foi gestado sob a égide dos princípios constitucionais com o escopo de se transformar em instrumento para se alcançar um processo justo, em específicas situações suas disposições podem ser utilizadas de forma supletiva e subsidiária, é que também em relação ao CPP opera-se a mecânica da reinterpretação de suas disposições nascidas no berço de regime autoritário a partir dos novos parâmetros trazidos pela Constituição de 1988, com a escolha de um autêntico sistema acusatório (ou pelo menos deveria ser).

A analogia a que se refere o art. 3° do CPP está também expressada no art. 4° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, prescrevendo que

13. SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In Repercussões do Novo CPC: Processo Penal. V. 13. Salvador: Juspodivm, 29016. p. 71.

14. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A lide e o conteúdo do processo penal. Curitiba: Juruá, 1989. p. 119.

15. LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 94.

16. Em tradução livre: o mais frio dos frios monstros. Nietzsche, Friedrich. Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen. iBooks. Epub. Project Gutenberg. P. 97.

"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Dessarte, o emprego da analogia só pode se dar quando inexistir lei processual penal disciplinando especificamente a matéria, e não sendo caso de lacuna proposital, uma vez que a analogia é técnica de integração entre normas e não forma de revogação de disposições.

Entretanto, o que se deve ter em mente é que a disposição do CPP pode ser tão nitidamente incompatível com a Constituição que o julgador deve afastá-la como não recepcionada, operando-se, a partir daí, uma lacuna a qual pode ser preenchida com a norma processual civil que não se contraponha à natureza de garantia do processo penal.

São hipóteses, portanto, diversas de aplicação subsidiária no Novo CPC. Na primeira, inexiste norma processual penal, e há a possibilidade, guardada a compatibilidade com o sistema acusatório, de aplicação analógica de norma processual civil. O juiz, assim, para a completude do ordenamento jurídico, procede à utilização da norma processual civil compatível com a situação analisada. Na segunda, há norma processual penal, entretanto esta norma não é compatível com o sistema acusatório determinado pela Constituição, devendo o julgador inicialmente afastá-la como não recepcionada (se anterior a 5 de outubro de 1988) ou como inconstitucional (se posterior à 5 de outubro de 1988), procedendo ao preenchimento da lacuna deixada com a norma processual civil que não se contraponha à natureza de garantia do processo penal.

A terceira e última hipótese é do disciplinamento incompleto, hipótese de aplicação supletiva do CPC, i.e., incidência concomitante das normas do CPP e do CPC, estas complementando o regramento dado por aquelas. Neste sentido, as normas do Novo CPC atinentes à fundamentação das sentenças (art. 489) é exemplo claro de aplicação a que se dá quando do disciplinamento incompleto ou deficiente norma processual penal. O CPP indica superficialmente o conteúdo das decisões, mas não o faz com a riqueza de minudências com que trata o NCPC, muito mais condizente com o Princípio da fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX na Constituição de 1988.

Além desta, também se pode aplicar supletivamente a interpretação conforme os valores e as normas constitucionais (art. 1º); boa-fé processual (art. 5º); *par conditio* (art. 7º); princípio da não surpresa (art. 9º); contraditório substancial (art. 10). Estes dois últimos implicam na alteração de algumas questões. A regra da oportunização de manifestação ao acusado ou investigado antes da decretação da medida cautelar pedida – dentre elas a prisão preventiva – inserida no art. 282, §3º do CPP com a reforma trazida pela lei nº 12.403/2011, recebe um fantástico reforço do art. 9º do NCPC, de que *"não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida"*.

Por outro lado, entendemos também, a partir da leitura norma do art. 10 do NCPC, que o julgador sempre deve dar *"às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício"*, mesmo nos casos de

extinguir a punibilidade do agente (v.g. prescrição) ou, ainda, quando entender por atribuir *"definição jurídica diversa"* ao crime (*emendatio libelli*)[17].

Quanto à menção expressa, o Código de Processo Penal, em seu artigo 362, remete a disciplina da citação por hora certa aos arts. 227 ao 229 do CPC/73. Ocorre que o Novo CPC, nas Disposições Finais e Transitórias, precisamente em seu artigo 1046, §4, prevê que *"as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código"*. Assim, ao ler o art. 362 do CPP, no lugar de aplicar as regras dos arts. 227 ao 229 do CPC73, devem ser aplicadas as regras dos arts. 252 ao 254 do NCPC.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

O Novo Código de Processo Civil é tentativa de se concretizar as normas constitucionais aplicadas ao processo, enquanto instrumento de consecução do Estado Democrático de Direito, do Regime Republicano e concretização dos fundamentos da cidadania e da dignidade humana, daí porque as NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL muito mais se assemelham às NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO EM GERAL, ressalvada uma ou outra disposição muito específica que não tem aplicabilidade no âmbito dos demais sistemas processuais.

A aplicação supletiva e subsidiária do NCPC em relação aos demais sistemas processuais deve se dar sempre que houver, respectivamente, disciplinamento incompleto ou deficiente dos ordenamentos processuais especiais, ou ausência de regramento específico, sempre que as normas forem compatíveis com a sistemática do processo que se pretende suplementar ou integralizar.

Entretanto, esta compatibilidade não pode ser unicamente verificada a partir da leitura isolada das normas que compõem os sistemas processuais, uma vez que boa parte destas foi editada sob a égide de regimes autoritários (Estado Novo e Regime Militar).

Destarte, os sistemas processuais devem ser interpretados sob o prisma dos preceitos constitucionais do processo justo, e, então, respeitadas suas peculiaridades, funções e naturezas, ser verificada a necessidade de sua integralização ou suplementação a partir das disposições do Código de Processo gestado e desenvolvido buscando a realização dos valores encampados pela Constituição.

A própria leitura dos sistemas processuais a partir da Constituição gera, à partida, uma maior harmonização com as disposições das legislações que já foram editadas sob o enfoque na nova ordem constitucional, o que não significa que todas as disposições do Novo CPC sejam aplicáveis, pois permanecem as peculiaridades de cada ramo processual.

---

17. Franklyn Roger adverte que *"o art. 383 do CPP, apesar de não prever o contraditório na emendatio libelli, também não o proíbe"*. Op. Cit. p. 80.

Capítulo III
DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO

LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NA TUTELA INDIVIDUAL DE PESSOAS QUE COMPONHAM GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC/2015

Arthur Corrêa da Silva Neto

1. INTRODUÇÃO

A reformulação na missão institucional da Defensoria Pública, decorrente da alteração em sua Lei Orgânica pela LC n. 132/2009, consolidada pelas emendas constitucionais n. 45/2004, 74/2013 e notadamente pela 80/2014, bem assim a consignação de novas atribuições ao órgão nos mais diversos diplomas legais está provocando sua necessária reinterpretação.

No mesmo passo, estas inovações legislativas, por conseguinte implementam o fortalecimento do órgão e dos próprios sistemas de garantias de direitos, nos quais a Instituição atua.

Percebe-se que estas novas atribuições destinadas a Defensoria Pública se balizam no princípio da assistência jurídica integral, o qual está imbricado ao direito fundamental do acesso à justiça (esta na perspectiva do acesso à ordem jurídica justa), podendo se dizer sejam disposições amalgamadas.

Nessa senda, permite-se deduzir pelo princípio da assistência jurídica integral a possibilidade de a Defensoria Pública como Instituição se necessário for se valer de qualquer ação capaz para garantir o direito de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis, seja na seara da tutela individual ou mesmo coletiva.

Mister assentar que o foco deste trabalho será trazer luzes para a possibilidade de atuação da Defensoria Pública como Instituição em legitimação

extraordinária na tutela individual para as pessoas que componham grupos vulneráveis e que mais recentemente tal previsão foi consolidada no texto do art. 185, do novo CPC.

Noutro plano, esses novos objetivos do órgão estão promovendo uma perspectiva de nova conformação, por isso a consolidação de reformas constitucionais que garantam ao órgão sua necessária autonomia, permitirá o pleno desempenho com independência funcional dos membros da carreira, tendo como corolário a efetivação dos direitos do cidadão e da sociedade.

Destarte, é neste quadrante que se faz possível a atuação da Defensoria Pública em legitimação extraordinária na tutela individual das pessoas que componham grupos sociais vulneráveis, por conseguinte promovendo os direitos humanos de forma integral.

Saliento que esta atuação em legitimação extraordinária só se dará quando a pessoa destinatária da atuação estiver sem capacidade civil e mesmo sem ninguém que a represente, portanto em total situação de vulnerabilidade.

Vale assinalar, que esta forma de atuar do órgão prevista no art. 4°, X e XI, da LC n. 80/94, inserida pelas alterações promovidas pela LC n. 132/2009 e agora também pelo art. 185 do novo CPC/2015, já podiam ser extraídas dos arts. 5°, LXXIV e 134 da Constituição Federal de 1988, os quais respectivamente viabilizam a aplicação do princípio da assistência jurídica integral e da teoria dos poderes implícitos a permitir que a Instituição pudesse atuar naquelas ocasiões mencionadas acima.

Antes de desenvolver os contornos da atuação da Defensoria Pública em legitimação extraordinária se explanará acerca das novas atribuições e o fortalecimento do órgão tendo como consequência a maior proteção jurídica do cidadão e da sociedade, bem assim será analisado por quanto necessário o conceito, o histórico e o fundamento da legitimação extraordinária.

Como poderá ser observado o trabalho aqui exposto para além de dogmático é eminentemente pragmático na medida em que tem aplicação em diversas situações que se apresentam na atuação do Defensor Público.

Destarte, os argumentos que serão declinados têm o condão de otimizar a atuação dos membros da Defensoria Pública e no mesmo passo garantir com mais presteza o exercício dos direitos daquelas pessoas que nem sabem que os possuem.

Noutro norte, vale mencionar que o trabalho se utilizou de pesquisa doutrinaria e legislativa, notadamente de artigo jurídico escrito por este signatário, para a *Revista Jurídica Consulex,* ano XIV, N° 327, 1° de setembro de 2010, Brasília, p. 54-56 com o título "Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente", bem assim na tese também escrita pelo autor e aprovada no XXIII Congresso da Associação Brasileira de Magistrado, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude – ABMP, realizado na cidade de Brasília – DF, em maio de 2010 e no 1° Congresso de Defensores Públicos da Infância e juventude, realizado na cidade de São Paulo,

em agosto de 2010, com o título "Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública".

2. AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DA DEFENSORIA PÚBLICA E O FORTALECIMENTO DO ÓRGÃO: MAIOR PROTEÇÃO JURÍDICA DO CIDADÃO E DA SOCIEDADE

O Constituinte originário foi "tímido" ao criar um órgão que teria a incumbência de defender prioritariamente cerca de 78% (setenta e oito por cento) da população brasileira segundo senso do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, atuando na seara criminal em regra frente ao Ministério Público e na seara cível perante advogados públicos e privados, grandes empresas, sem muni-lo no plano da *lex magna.*

O certo é que quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, se conquistou o que podia ser conquistado, felizmente, mesmo sem a formatação desejada, a sua existência restou registrada.

A Instituição que presta assistência jurídica integral e gratuita foi apenas contemplada com disposições espaças ao longo do texto da Constituição e com um artigo que traz o seu perfil.

O legislador constituinte derivado brasileiro vem pagando essa dívida histórica com o seu povo, na medida em que tem expandido as atribuições da Defensoria Pública e, com isso, fortalecendo a instituição.

No plano do fortalecimento constitucional para completar um ciclo virtuoso há a Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 487, que tramita no Congresso Nacional desde 2005, pronta para entrar em pauta na Câmara dos Deputados.

Referida PEC, quando aprovada, sem dúvida, será um marco para consolidação da carreira e sedimentação de sua identidade própria.

Por outro lado, não se tem como olvidar das emendas constitucionais n. 45/2004 e 74/2013, que trouxeram a autonomia funcional, administrativa e financeira quando inseriram o § 2° e § 3°, no art. 134, da Constituição de 1988.

Referida disposição se assemelha às disposições constitucionais do art. 127, §§ 2° e 3° que dizem respeito ao Ministério Público.

Porém as disposições que tratam do *parquet* delineiam melhor sua autonomia administrativa.

Já no plano das Defensorias o delineamento é trazido na lei nacional, Lei Complementar n. 80/94, com as alterações da LC n. 132/2009.

Não obstante, quanto ao Ministério Público todos são uníssonos em dizer que é órgão autônomo não pertencente ao Poder Executivo e a nenhum outro poder, tendo sua natureza jurídica de função essencial à justiça.

Porém, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda há vozes da doutrina e jurisprudência, como se observa no texto do verbete sumular

421, do STJ que manifestam no sentido de ser a Defensoria Pública instituição pertencente ao Poder Executivo.

Espera-se, com o reforço da manifestação legislativa pela promulgação da Emenda Constitucional n. 74/2013, que supre lacuna anterior a qual não possuía sentido, conferindo a autonomia já entregue às Defensorias Públicas dos Estados para a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, que entendimento como o acima destacado possam ser reconsiderados.

Nesse contexto, contrariamente àquelas vozes acima suscitadas, entendo estarem os que pensam daquele modo, equivocados, haja vista que as bases, que sustentam poder dizer-se o órgão do Ministério Público como não incorporado dentro do Executivo, estarem previstas no âmbito normativo-constitucional da Defensoria Pública, quais sejam autonomia funcional, administrativa e financeira.

Sendo certo, porém, que na realidade fática atual as disposições constitucionais acima relacionadas no que tange às Defensorias Públicas vem sofrendo da síndrome da inefetividade constitucional, ou seja, não vem sendo observadas, mesmo em face da constatação de o órgão não possuir percentual fixo previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – LC 101/2000, Art. 20, I e II), para despesa com pessoal diante da receita corrente líquida do ente, inclusive valendo salientar ter havido no final do ano de 2012, veto presidencial a projeto de lei aprovado na unanimidade pelas duas casas do Congresso Nacional a preencher a lacuna ainda existente no ordenamento jurídico.

Referida consideração é de suma importância, pois a sua não implementação vem tornando o sistema incongruente, considerando que os órgãos defensoriais em muitas vezes necessitam demandar contra o próprio Estado-Executivo.

Com a consolidação do instrumento da tutela coletiva (Lei 7.347/85, art. 5, II) e a atuação em demandas individuais de reflexo coletivo (LC n. 80/94, art. 4°, X e XI; e Lei 7.210/84 – LEP, arts. 61, VIII, 81-A e 81-B), isto se tornou mais evidente, tendo em vista que as ingerências possíveis de ocorrerem são facilmente perceptíveis.

Inclusive, da essência desse raciocínio se formatou o Ministério Público na Carta Constitucional de 1988 e dessa compreensão vem se percebendo as alterações legislativas no que toca à Defensoria.

De outro lado, a Constituição Federal de 1988, a Lei Orgânica da Defensoria Pública combinado com atuação dos Defensores Públicos vem mostrando cada vez mais a Defensoria Pública como uma instituição diferente de qualquer outra, com atribuições próprias, objetivos e finalidades distintas, prerrogativas, enfim, características que a singularizam.

Ademais, essa é a lógica de qualquer sistema que visa a racionalizar para imprimir eficiência.

Em um sistema bem elaborado, mesmo havendo estruturas bem definidas, existem pontos de interseção entre estas que não são ruins, pelo contrário, servem para integrá-lo.

Essa linha segue o sistema da separação de poderes previsto em nossa Constituição, importando apenas, para tanto, que haja harmonia e independência entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Do mesmo modo, pode-se compreender as funções essenciais à Justiça, seja: Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia Pública e Advocacia Privada.

Logo, possíveis atuações em similitude por estes profissionais não implicam em superposição ou usurpação de atribuições de um para com o outro.

Nesse sentido, identifica-se a característica da polivalência na atuação do membro da Defensoria Pública como a frente irá se observar, pois possui atribuições peculiares dos representantes do Ministério Público e atribuições peculiares dos advogados.

Nessa senda, como será demonstrado, tanto poderá na tutela individual atuar em legitimação extraordinária quando necessário como poderá atuar na forma de procurador.

Essas funções institucionais e outras previstas no artigo 4°, da Lei Complementar n. 80/94 e assentado pelas disposições do art. 134, da Constituição Federal de 1988 com as alterações da emenda constitucional n. 80/2014 e art. 185, do novo CPCP, dão aos representantes da Defensoria Pública sua identidade própria no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Nessa linha de novas atribuições engendradas na atuação do órgão, pode-se também destacar a assunção da condição de Órgão da Execução Penal a lhe permitir como Instituição consoante o art. 81-A, da Lei de Execução Penal – LEP, velar pela regular execução da pena e da medida de segurança, permitindo-lhe, portanto como Instituição requerer de ofício em favor dos apenados, tanto individualmente como coletivamente.

3. CONCEITO. ORIGEM HISTÓRICA. FUNDAMENTAÇÃO DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

A doutrina de forma majoritária conceitua legitimação extraordinária no ordenamento jurídico nacional, como sinônimo de substituição processual.

Tal assertiva continua válida mesmo com o advento do novo Código de Processo Civil, instituído pela lei 13.105/2015, haja vista que o art. 6°, do CPC/1973 corresponde ao art. 18, do CPC/2015.

Assim pode-se entender tal instituto, como a possibilidade de um dado sujeito atuar em um processo em nome próprio na defesa de direito alheio, desde que **autorizado pelo ordenamento jurídico**.

Por oportuno, nesse ponto, vale destacar que embora correspondentes os textos do art. 18, do CPC/2015 e do art. 6°, do CPC/1973, apresentam uma relevante distinção, na medida em que o atual diploma adjetivo acentua compreensão ampliativa quanto a possibilidade de atuação em legitimação extraordinária quando consigna autorização "pelo ordenamento jurídico", enquanto

que a disposição prevista no Código de 1973 estabelecia apenas autorização "por lei".

Ilustrando, o que aqui é apontado se concebeu o quadro abaixo:

CPC/2015	CPC/1973
Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado **pelo ordenamento jurídico**.	Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado **por lei**.

Vê-se, portanto, que a redação do código atual, quando estipula autorização para atuar em legitimação extraordinária por concessão do ordenamento jurídico, reforça a compreensão já aqui assimilada e que será melhor detalhada no item 4, pois a literalidade do código de processo civil explicita o poder de pleitear direito alheio em nome próprio advindo do ordenamento jurídico como um todo, logo além da lei, a própria Constituição Federal pode estipular tal iniciativa.

Malgrado, essa devida inovação, face a centralidade da Constituição no sistema jurídico pátrio já nos posicionávamos que o texto constitucional assinalava o referido permissivo[1].

Desse modo, a disposição do art. 18, do CPC/2015, inova para contemplar de forma ampliativa novas possibilidades de legitimação extraordinária para além das previsões legais, tal como se mencionou as estipuladas na própria Constituição, e mesmo como bem anotado por Fredie Didier Jr. ser possível consoante o atual artigo de se estabelecer legitimação extraordinária de origem negocial[2].

Outrossim, pode se dizer que a dicção do artigo 18 do CPC/2015, traz a conceituação legal da substituição processual, haja vista que delineia os respectivos contornos.

Traçando as origens do instituto Ana Flávia Melo Torres, assim leciona:

> Somente com a revisão dogmática do direito processual civil do fim do século XIX, com a Obra de Oskar Von Bulow, em 1868, quando tratou das exceções dilatória e dos pressupostos processuais como o conceito nuclear à ciência do processo, foi que se consagrou a figura do substituto. (<disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_a...> acessado em: 22.03.2010).

1. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, Nº 327, 1º de setembro de 2010, Brasília, p. 56.
2. Fredie Didier Jr., Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial, Revista de Processo, São Paulo, RT, 2014, n. 232. Disponível também em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2014/11/FONTE-NORMATIVA-DA-LEGITIMAC%CC%A7A%CC%83O-EXTRAORDINA%CC%81RIA.pdf>

A legislação brasileira do século passado tal como o Código de Processo Civil de 1973, teve especial influxo do pensamento liberal-individualista, algo que como se percebe em alguma medida foi mantido no CPC/2015.

Esta diretriz é facilmente perceptível no CPC/1973, pois sua preocupação se subsume à tutela individual, não contemplando a tutela da coletividade ou de direitos transindividuais, todavia esse aspecto é de alguma forma mitigado no CPC/2015, que assinala, por exemplo, em disposições como a do art. 947 do CPC, relativa ao incidente de assunção de competência – IAC, os artigos 976 a 987, do CPC, pertinente ao incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR a busca de solução de demandas com certa amplitude.

Quanto a este último, o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, inclusive a Defensoria Pública possui legitimidade para requerer a respectiva instauração consoante estabelece o art. 977, inciso III, do CPC/2015.

Declinando acerca da carga individualista presente no art. 6°, do Código de Processo Civil de 1973, mas cujo entendimento se enquadra ao que dispõe o art. 18 do CPC/2015, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr, assinalavam:

> Essa regra tem por objetivo a garantia de que não se exporá o indivíduo a uma situação da qual ele não quer tomar parte e, ainda, de que o indivíduo tem a liberdade de participar do processo que julga ter interesse seu" (Didier Jr. Fredie e Zaneti Jr. Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, v. 4, pág. 196).

Com efeito, o CPC/1973 outorgava ao legislador as situações de excepcionalidade em que o sujeito da relação processual não seria o mesmo da relação material, porém como se mencionou o CPC/2015, ampliou o espectro de possibilidades e quanto a Defensoria Pública deixou cristalina essa forma de atuação quando no art. 185, concede ao órgão, atuando como Instituição, o exercício da promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados de forma integral e mesmo igual entendimento se extrai do disposto no art. 1°, do CPC/2015.

Tecendo considerações sobre o tema da legitimidade extraordinária Humberto Teodoro Júnior, indica:

> Há, porém, nos diversos casos excepcionais de substituição processual, um interesse conexo da *parte processual* com o da *parte material*, pois a regra de legitimidade de parte como condição da ação impede que, em geral, qualquer pessoa demande em seu nome a tutela de um interesse alheio. Daí a restrição do art. 6°, que só admite a substituição processual quando a própria lei reconheça ao terceiro legitimação especial para demandar interesse alheio.
>
> De qualquer maneira, não se concebe que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, senão quando entre ele e o titular do direito exista algum vínculo jurídico especial. (...)
>
> Ressalte-se, por fim, que a relevância do vínculo capaz de legitimar a substituição processual só decorre de valoração que se reserva apenas à lei. A von-

tade das partes, portanto, não é suficiente para criar substituição processual que não tenha sido expressamente prevista em lei.

Quanto aos poderes do substituto processual, eles são amplos, no que dizem respeito aos atos e faculdades processuais, mas não compreendem, obviamente, os atos de disposição do próprio direito material do substituído, como confissão, transação, reconhecimento do pedido, etc. (Teodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 41 edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004, pág. 73).

O citado vínculo jurídico especial que Humberto Teodoro Júnior mencionava capaz de permitir a atuação do substituto processual, era valorado pelo legislador, conforme acima observado.

Todavia, face a previsão do art. 18, do CPC/2015, passa a ser o fundamento do instituto a valoração feita no âmbito do ordenamento jurídico de modo geral – se inserindo neste, portanto, o negócio jurídico e a Constituição Federal – que criará o vínculo jurídico especial entre substituto e substituído.

4. DEFENSORIA PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. TUTELA INDIVIDUAL DE PESSOAS QUE COMPONHAM GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS.

No âmbito da Defensoria Pública as afirmações supramencionadas se potencializam ante a disposição do artigo 5°, inciso LXXIV e art. 134, da Constituição Federal de 1988, que insere o princípio da assistência jurídica integral e a missão de promovente dos direitos humanos.

Portanto, a referida valoração e o vínculo jurídico especial que permitem aos Órgãos Defensoriais atuarem em legitimidade extraordinária na tutela individual dos grupos sociais vulneráveis estão esculpidos no texto *Magno*, pois compreendendo o adjetivo integral devem estar todos os tipos e formas de atuação.

Ademais, consoante a Teoria dos Poderes Implícitos pela qual "a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito a esse mesmo órgão dos meios necessários a realização dos fins que lhe foram atribuídos" (MS 26.547 – MC/DF Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.05.2007) (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 11. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011, p. 156), evidencia mais ainda que a Defensoria Pública para garantir o direito dos seus assistidos pode como instituição utilizar-se dos mais diversos meios para tal desiderato.

No mesmo sentido Uadi Lamego Bulos (BULOS, Uadi Lamego. Constituição Federal Anotada. 9 ed., ver. e atual. até a EC n.° 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1156) cita decisão do Superior Tribunal de Justiça aplicando a referida teoria e de forma diretamente direcionada à Defensoria Pública, nos seguintes termos:

Se a Constituição outorga ao defensor público poderes para defender os necessitados, implicitamente lhe atribui todos os meios legítimos para tornar

efetiva a atuação, inclusive legitimidade para propor ações, visando à obtenção de documentos com aquele objetivo (STJ, RSTJ, 43: 149).

De todo modo, o art. 4°, incs. X e XI, da LC n°. 80/94, com as alterações da LC 132/2009, Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública e agora mais recentemente o art. 185, do novo CPC, enfatizam e são esclarecedores no sentido da viabilidade da atuação da Defensoria Pública, como substituto processual.

Outrossim, vale consignar, que a missão institucional da Defensoria Pública foi repaginada, conforme dispõe o artigo 1°, da LC 80/94, alterada pela LC 132/09:

Art. 1° A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe *como expressão e instrumento do regime democrático,* fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, *de forma integral* e gratuita, *aos necessitados,* assim considerados na forma da lei. (NR). (grifo nosso)

Seguindo a mesma conformidade o texto constitucional no art. 134, após a emenda constitucional n. 80/2014, assim direciona:

Art. 134 A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe *como expressão e instrumento do regime democrático,* fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, *de forma integral* e gratuita, *aos necessitados,* assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5° desta Constituição Federal. (NR). (grifo nosso)

Destarte, a sua forma de atuação também deve ser reinterpretada, inclusive o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que pode se entender como *mens legis,* da Lei Complementar n. 132/2009, assinala o seguinte:

Assim de acordo com o artigo 1° do Projeto a Defensoria passa a ser definida como 'expressão e instrumento do regime democrático'. Ela fica expressamente legitimada 'a promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais', sendo admissíveis 'todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela', como não poderia deixar de ser, tendo em vista o pré-falado princípio da assistência jurídica integral." (Parecer CCJC do Senado Federal, relator: Antônio Carlos Valadares, II – Análise, pág. 08-09).

Nesse diapasão, por exemplo, a Defensoria Pública como instituição pode propor ação de destituição do poder familiar ou qualquer outra ação em defesa de criança ou adolescente, com o fito de lhe garantir a proteção integral, mencionada no art. 1°, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Da mesma forma, pode ainda ajuizar as mais diversas ações com o fito de assegurar o direito do idoso, das pessoas com deficiência, mulheres vítima de

violência doméstica e familiar e de indivíduos que componham outros grupos sociais vulneráveis.

Pode, por exemplo, um Defensor Público realizando inspeção em uma unidade hospitalar de um dado ente federado identificar que determinado paciente inconsciente que está em uma maca no corredor do hospital precisa urgentemente ser levado para uma UTI, ingressar com ação de conhecimento com obrigação de fazer para obrigar o ente federado a dispor o leito.

Corroborando com o acima asseverado é o texto do art. 4°, X e XI, da LC n°. 80/94 com as alterações da LC 132/2009, Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, que assim dispõe:

> Art. 4° São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:
>
> (...)
>
> X – **promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais** dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, **sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela**; (Redação dada pela Lei Complementar n°. 132, de 2009).
>
> XI – **exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente**, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima da violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; (Redação dada pela Lei Complementar n°. 132, de 2009).

Em igual caminho, dispõe o art. 185, do CPC/2015, vejamos:

> Art. 185. *A Defensoria Pública exercerá* a orientação jurídica, a *promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral* e gratuita. (grifo nosso)

Toda inovação legislativa de início pode causar impacto, porém não se pode deixar que os benefícios trazidos pelas novas leis se esvaziem.

O noveis diplomas legais expressam sem dúvida uma mudança de paradigma, diante da expansão das atribuições da Defensoria Pública, para lhe permitir não só uma atuação como de regra acontecia, ou seja, representando o titular do direito material, lhe dando voz no processo, para agora possibilitar, quando necessário, o exercício da legitimação extraordinária.

Isto implica um avanço significativo na garantia dos direitos da criança e do adolescente e demais sistemas de garantia de direitos, pois, por vezes, existem casos na vida profissional de um Defensor Público em que não há pessoas com capacidade civil para representar os sujeitos de direitos acima declinados, mas, se faz urgente a atuação, sob pena do perecimento do direito, o qual poderá ser, por exemplo, a vida, a saúde, entre outros.

Na tutela de criança e adolescente a disposição do art. 201, inc. III, do ECA, o art. 2°, § 5°, da Lei 8.560/92, assim como na tutela do idoso, art. 74, II

e III, da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, só reconhecia ao Ministério Público a mencionada atuação como substituto processual, ocorre que, por muitas vezes, casos que ensejassem essa forma de proceder por primeiro poderia chegar à Defensoria Pública, e o Defensor Público só tinha como opção o encaminhamento ao Órgão Ministerial.

Contudo, tomando como exemplo uma demanda que envolvesse perigo para criança ou adolescente a comunicação entre os órgãos poderia representar um lapso de tempo irremediável, podendo significar um risco ainda maior para aquele ser humano em desenvolvimento como em uma circunstância de determinada criança se encontrar exposta ao consumo de drogas pela sua mãe ou mesmo um paciente inconsciente em uma maca de corredor de hospital que o Defensor Público identifique em inspeção no estabelecimento, entre outros exemplos de igual natureza.

Nesses casos, a Defensoria Pública é mais um órgão apto a pleitear os direitos dos mais vulneráveis em legitimação extraordinária, o que a lei fez foi fortalecer a atuação dos Órgãos Defensoriais.

Por oportuno, não se pode olvidar o entendimento de que tal permissão já se podia extrair do próprio texto constitucional como acima foi explicitado.

Na Ação de Destituição do Poder Familiar, processo n. 0001549-83.2009.814.0070, em que figurou como parte no polo ativo Defensoria Pública do Estado do Pará e no Polo passivo F.S.P., o Juiz da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Abaetetuba, após a exposição dos motivos acima declinados deferiu o processamento do feito e a liminar de suspensão do poder familiar, entendendo que consoante o advento das alterações na Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública a instituição é legitimada para atuar como substituto processual na defesa da criança e do adolescente.

Com mais fundamento ainda seria analisada a situação a luz da previsão do art. 18 c.c. 185 do CPC/2015.

5. CONCLUSÃO

Diante do contexto apresentado, se demonstra que é cabível a atuação da Defensoria Pública, por meio de seus representantes em legitimação extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis, consoante os termos do art. 5°, LXXIV e 134, da Constituição Federal de 1988, aplicação da teoria dos poderes implícitos, art. 4°, incs. X e XI, da LC n. 80/90 – Lei Orgânica da Defensoria Pública (com a redação da LC n. 132/2009) e art. 1°, 18 e 185, do CPC/2015, para além dos pressupostos de fato que devém nortear a questão, notadamente no estágio atual de desenvolvimento do direito que delineia um caminho de reaproximação com os ideários da ética, moral e justiça.

Ademais, em searas como a da infância e juventude os referidos argumentos são potencializados, ante o que estipulam os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral, haja vista, que o resguardo dos respectivos direitos que

as recentes alterações na Lei Complementar n. 80/94 e do CPC/2015, inserem ampliam sobremaneira a capacidade de efetivá-los principalmente quando os respectivos destinatários estiverem desamparados, pois a Defensoria Pública será um forte instrumento para garanti-los.

Do mesmo modo, as aludidas alterações encontram ressonância de aplicação na necessária proteção dos direitos dos demais grupos sociais vulneráveis, que o Estado brasileiro deve viabilizar, inclusive em face de tratados internacionais de que é signatário.

Salienta-se, que a atuação em legitimação extraordinária como foi exposto, no plano constitucional se depreende da aplicação do princípio da assistência jurídica integral e do exercício da promoção de direitos humanos, por conseguinte da Teoria dos Poderes Implícitos, já no plano infraconstitucional como consectário do que presente na Constituição, verifica-se as previsões do art. 4°, incs. X e XI, da LC n. 80;94 e art. 1°, 18 e 185, do CPC/2015.

Na disposição do art. 4°, X, da Lei Orgânica da Defensoria Pública e art. 185, CPC/2015, inclusive consta o verbo "promover", presente nas disposições que conferem a condição de substituto processual ao Ministério Público.

Assim sendo, se faz plenamente possível aos órgãos defensoriais atuarem em legitimação extraordinária quando seus assistidos não possuírem capacidade civil e nem houver ninguém que os possa representar civilmente.

Dito de outro modo amplia-se o acesso à justiça das pessoas que componham grupos sociais vulneráveis, que estejam engendradas nos contornos aqui delineados, pois poderão ter em seu favor a atuação da Defensoria Pública, vindo assim a referida legitimidade ao encontro de um dos objetivos da República brasileira concernente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3°, I).

No mesmo grau, viabiliza-se transformação social, tendo em vista que haver uma Instituição como a Defensoria Pública promovendo o direito dessas pessoas que componham grupos vulneráveis nas condições que se mencionou – de não haver ninguém por si e mesmo a pessoa por ela não poder se defender – ensejará maiores cuidados com estas, porque se saberá que tal lacuna não mais existe, desse modo, trata-se de uma boa mensagem aqueles que não respeitam o direito alheio tão somente por que pensam que aquela pessoa não terá como se defender.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20.08.2013.

BRASIL, Lei Complementar n.° 80, de 12 de janeiro de 1994, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em 20.08.2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 04, 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DIDIER JR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial, Revista de Processo, São Paulo, RT, 2014, n. 232. Disponível também em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2014/11/FONTE-NORMATIVA-DA-LEGITIMAC%CC%A7A%CC%83O-EXTRAORDINA%CC%81RIA.pdf>

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral e Processo de Conhecimento. Volume 01. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 3ª ed. Revista Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, José dos; CARVALHO, Filho. **Ação Civil Pública**. Comentários por Artigo (Lei 7.347, de 24/07/85).7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente. *Revista Jurídica Consulex,* ano XIV, N° 327, 1° de setembro de 2010, Brasília, p. 54-56.

SOUSA, José Augusto Garcia. (Org.). **A Defensoria Pública e os Processos Coletivos.** Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública. Tese aprovada. In: XXIII Congresso Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude, 2010, Brasília. Disponível em: http://www.abmp.org.br/biblioteca/teses_e_experiencias/legitimacao_extraordinaria_na_tutela_individual_da_crianca_e_do_adolescente_a_atuacao_da_defensoria_publica.html, acessado em 20.08.2013.

SILVA NETO, Arthur Corrêa da. Legitimação Extraordinária na Tutela Individual da Criança e do Adolescente – A atuação da Defensoria Pública. Tese aprovada. In: 1° Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude, 2010, São Paulo: Anais, São Paulo: Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2010, p. 62-67.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A JURISDIÇÃO E A AÇÃO NO CPC/2015: UM OLHAR RENOVADO SOBRE AS CATEGORIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Júlio Camargo de Azevedo

1. INTRODUÇÃO

Intangível pensar o processo civil sem trazer à mente os clássicos conceitos de "ação" e "jurisdição", além de toda a carga significativa que estes institutos fundamentais engendram na dogmática jurídica.

Absolutas, estas categorias permaneceram enraizadas no pensamento jurídico-processual por cerca de quatro décadas de aplicabilidade do CPC/1973, sendo reproduzidas por doutrinas e manuais enquanto verdadeiros dogmas científicos, alcançando até mesmo disciplinas alheias ao Processo Civil (*v.g.* o Processo Penal), muito em razão da difusão de uma possível "Teoria Geral do Processo".

Na última década, entretanto, as tradicionais categorias da jurisdição e da ação passaram a apresentar um raro desgaste conceitual, intensificado a partir de uma leitura constitucional do processo civil.

Há quem diga, inclusive, que estes institutos sofrem atualmente de uma *crise de identidade,* favorecida não apenas pela diminuição de sua funcionalidade enquanto polo metodológico do processo civil, mas principalmente por dividir o lugar de destaque científico com novos institutos, mais caros às vicissitudes processuais de nosso tempo (ex: tutela jurisdicional, precedentes etc.).

Com a chegada de um novo Código de Processo Civil, a jurisdição e a ação entram em uma encruzilhada: ou se renovam, oxigenando-se a partir dos princípios e regras trazidos pelos ventos reformistas, ou correm o risco de tornarem-se categorias obsoletas, verdadeiras peças do museu na história do direito processual.

Acreditando firmemente na primeira assertiva, este ensaio pretende uma sucinta reflexão a respeito do novo perfil de jurisdição e ação inaugurado pelo CPC/2015, revisitando estes institutos a partir de sua evolução conceitual. O que se almeja é oferecer algumas bases para uma renovada interpretação destes institutos, à luz de sua contemporânea funcionalidade.

2. A EVOLUÇÃO CONCEITUAL DAS CATEGORIAS JURISDIÇÃO E AÇÃO

Consoante é cediço, a *jurisdição* remonta ao Direito Romano, sendo sua conceituação anterior à própria noção de Direito Processual enquanto ciência autônoma. Com a substituição da justiça privada (*ordo judiciorum privatorum*) pela justiça pública (*cognitio extra ordinem*), os magistrados estatais passaram a definitivamente deter o poder e a responsabilidade de declarar a regra jurídica aplicável aos conflitos dos cidadãos, nascendo aí a noção de jurisdição (*"juris + dictio"*), enquanto dever estatal de dizer o direito ao caso concreto de maneira imperativa.

Somente na modernidade, porém, com o advento do Estado de Direito, é que a jurisdição alcança um patamar similar ao que se tem hoje, à luz da tripartição das funções estatais idealizada por Montesquieu. Neste período, relegou-se à função jurisdicional o julgamento dos conflitos, cumprindo aos magistrados tão somente a aplicação das regras jurídicas produzidas pelo Parlamento.

Com a independência científica do Direito Processual, a jurisdição passou a compor, ao lado da *ação* e do *processo*, a trilogia estrutural da teoria geral processual, a qual soma-se, décadas depois, a categoria da *defesa*. A partir do final do século XIX, o conceito de jurisdição passa a ser melhor explorado pelos processualistas, podendo-se apontar, inicialmente, à teoria de Chiovenda, que abrigava a ideia de jurisdição enquanto tutela do direito objetivo, cuja função era a de *atuar a vontade concreta da lei* por meio dos órgãos públicos investidos dessa função. Fiel à teoria dualista do ordenamento jurídico, Chiovenda destinava à jurisdição uma função *declaratória*, em que o magistrado *"bouche de la loi"* ("boca da lei") deveria buscar a vontade da legislação (*voluntas legis*), aplicando a norma geral ao caso concreto.[1]

Carnelutti,[2] de outra banda, acreditava que a jurisdição seria atividade dirigida à *justa composição da lide*, advindo esta de uma dimensão conflitiva de interesses subjetivos privados, qualificados por uma pretensão resistida. Ao contrário de Chiovenda, o processualista filiava-se à corrente unitária ou constitutiva do ordenamento jurídico, conferindo à jurisdição uma *função integrativa* do Direito, na qual o magistrado se responsabilizaria por criar a norma jurídica individual ao caso concreto, visando a justa composição da lide.

Mais tarde, Liebman procurou compatibilizar ambas as teorias, dizendo-as complementares na medida em que a primeira revelaria um sentido estritamente jurídico de jurisdição (relação entre lei e jurisdição), ao passo que a segunda ostentaria uma dimensão teleológica do instituto (finalidade de compor conflitos). Liebman acrescentou ainda, a dimensão executiva ao conceito de jurisdição, preenchendo o instituto com as cores da efetividade instrumental.[3]

Consoante é cediço, o pensamento de Liebman influenciou toda uma geração de processualistas brasileiros, destacando-se Alfredo Buzaid, principal expoente do CPC/1973. Daí porque corriqueira a noção de jurisdição como *poder*, *função* e *atividade*, eis que esta expressaria (i) o poder estatal de decidir imperativamente, aplicando o direito objetivo ao caso concreto (ii) o encargo de julgar conflitos, tendo por fim a pacificação social (iii) e o complexo de atos jurisdicionais para cumprimento deste desiderato.

Não foi diferente com o conceito de ação. Nessa linha, as teorias que pretenderam explicar o direito de ação evoluíram a partir de uma noção *imanentista* da *actio*, em que a ação estaria umbilicalmente imbricada ao direito material, manifestando-se enquanto expressão deste em movimento. Posteriormente, a noção de ação alcança uma fase *autônoma*, inaugurada pela polêmica envolvendo Windscheid e Muther,[4] bifurcando-se, doravante, nas *teorias concretas* (Wach, Bülow e Chiovenda) e *abstratas* (desenvolvidas por Degenkolb e Plósz inicialmente, e depois por Mortara e Couture) do direito de ação.

Finalmente, pela pena de Liebman, o direito de ação atinge sua fase *eclética*, consubstanciando o direito público subjetivo de obter um julgamento de mérito em face de uma situação concreta deduzida na lide.[5] A premissa do autor italiano foi aliar a concepção de ação como direito autônomo (teoria abstrata) à situação de direito material afirmado em juízo (teoria concreta). Daí porque se dizer eclética, no sentido de fundir ambas as concepções acima indicadas.

Como muito decantado, Liebman condicionou a existência do direito de ação ao preenchimento de determinados requisitos, denominadas por ele de *condições da ação*, as quais seriam aferíveis em face da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Seriam elas, o *interesse de agir*, a *legitimidade "ad causam"* e a *"possibilidade jurídica do pedido"*. Na ausência destas condições, ocorreria a *carência de ação*, impossibilitando-se o demandar em juízo, por inexistência do próprio direito de ação.

1. "a jurisdição é função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente efetiva". CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 11, v. II.
2. CARNELUTTI, Francesco. Instituzioni del processo civile Italiano. 5. e. Roma: Soc. Ed. Del "Foro Romano", 1956

3. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
4. WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. Polémica sobre la actio. Buenos Aires: Ejea, 1974.
5. LIEBMAN, op. cit., p. 153.

Como se verá a seguir, estas dimensões conceituais acerca da jurisdição e da ação influenciaram decisivamente o Código Processual de 1973.

3. A JURISDIÇÃO E A AÇÃO NO CPC/1973

As teorias de Chiovenda, Carnelutti e, principalmente, a de Liebman inspiraram cientificamente os conceitos de jurisdição e ação cristalizados no Código Processual de 1973.

Em relação à jurisdição, o CPC/1973 prosseguiu com conhecida bipolarização em torno do instituto, referindo-se expressamente à *jurisdição contenciosa* e à *jurisdição voluntária*. A primeira, era encarada como verdadeira atividade jurisdicional, porque voltada a substituir a vontade das partes, fazendo atuar o Direito de modo imperativo ao caso concreto, a fim de eliminar a contraposição de interesses (lide). De outra banda, a jurisdição voluntária, também denominada graciosa, era encarada como a mera "administração pública de interesses privados", havendo até mesmo quem apontasse a ausência de atividade jurisdicional na jurisdição voluntária.

Já se percebe, de antemão, que o CPC/1973 prestava intensa homenagem às correntes científicas antes expostas, adotando o conceito carneluttiano de lide enquanto pressuposto da jurisdição (esta adesão, aliás, está expressamente declarada por Buzaid na Exposição de Motivos do CPC/1973), além do conceito de Chiovenda de fazer atuar o Direito no caso concreto.

Além da lide, possível identificar outras características típicas da jurisdição no CPC/1973, tais como a *substitutividade* (sobreposição do direito objetivo à vontade das partes), a *inércia* (art. 2º), a *definitividade* da coisa julgada (art. 467), a *imperatividade* (compreendida como a manifestação de poder estatal), assim como a *imparcialidade*. Possível, igualmente, verificar a presença dos *princípios informativos* da jurisdição, representados pela *inafastabilidade do controle jurisdicional*, a *unidade*, a *indelegabilidade* e a *efetividade*.

Já no que toca à ação, o CPC/1973 adotava expressamente a teoria eclética de Liebman (artigos 3º e 267, inciso VI). Com efeito, a ação identificava-se com o direito subjetivo de obter um julgamento de mérito, desde que observadas as condições para esta análise, cuja falta atrairia a extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267).

Com o passar do tempo, a teoria de Liebman passou a receber fortes críticas doutrinárias, mormente por restringir a essência do direito de ação à obtenção de um julgamento meritório, bem como por permitir a aferição destas condicionantes a *ex officio* e a qualquer tempo. Tais críticas impulsionaram o florescer na jurisprudência da teoria italiana da ("*prospettazione*"), segundo a qual a análise das condições da ação deveria ser realizada com lastro nas afirmações feitas pelo autor na petição inicial ("*in statu assertionis*"). Daí a denominação *teoria da asserção*, haja vista lastrear-se nas afirmações (assertivas) contidas na peça inaugural, a partir do juízo de admissibilidade inicial.

Relevante perceber que a teoria da asserção gerava efeitos não apenas em relação ao momento de aferição das condições da ação, mas também sobre a viabilidade do próprio julgamento de mérito.[6] Nessa linha, toda matéria relegada para momento instrutório posterior ao juízo de admissibilidade inicial estaria circunscrita ao mérito da demanda, admitindo cobertura pela coisa julgada material. Decorrência disso é que a falta de uma condição da ação descoberta no curso do processo conduziria a um julgamento de improcedência do pedido e não à extinção do processo sem julgamento do mérito.

No que tange às condições da ação, o CPC/1973 acolhia expressamente as categorias da *possibilidade jurídica do pedido*, do *interesse processual* e da *legitimidade "ad causam"*. Interessante notar que a possibilidade jurídica do pedido vinha citada apenas como causa de extinção da ação (art. 267, inc. VI), enquanto o *interesse* e a *legitimidade* eram mencionados também como causas necessárias para propor ou contestar a ação (art. 3º).

Segundo a concepção que inicialmente tangenciou o pensamento de Liebman,[7] haveria possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão em abstrato estivesse permitida (não proibida) pelo ordenamento jurídico. Assim, impossível juridicamente seria a pretensão expressamente vedada no ordenamento normativo, não se confundindo com a pretensão não prevista neste.[8]

Críticas não faltavam ao instituto, sobretudo pela inevitável aproximação que o pedido juridicamente impossível - *leia-se: pedido não admitido pelo ordenamento jurídico* - mantinha com o julgamento de mérito (no caso, com o julgamento de improcedência).

6. Neste sentido, explica Didier Jr.: "Condição da ação diz respeito à demanda, ação exercida, relacionada a determinado problema concreto levado à apreciação do Poder Judiciário. Nada impede que se imaginem 'condições da ação' que não se confundam com mérito da causa. O interesse de agir, em certo sentido, não se confunde com o mérito da causa. A legitimação extraordinária não se confunde com o mérito da causa. Uma e outra são 'condições da ação' porquanto se refiram aos elementos da demanda: o primeiro, à causa de pedir; a segunda, aos sujeitos. A crítica que se faz é a de que as três condições da ação, porque relacionadas à demanda, quase sempre se confundem com o mérito da causa – e, no caso da possibilidade jurídica do pedido e da legitimação ordinária, sempre se confundem –, não havendo razão para distingui-las das demais questões de mérito". DIDIER JR., Fredie. Pressupostos processuais e condições da ação. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 215.

7. Muito embora o texto legal brasileiro se refira expressamente à "possibilidade jurídica" como condição da ação (art. 267, inciso VI, CPC), importante perceber que à época da publicação do CPC/1973 Liebman já havia abandonado referida condicionante, cujo único exemplo na legislação italiana era o divórcio, instituto este que passou a ser expressamente admitido na Itália após a aprovação da Lei nº 898 de 1970. Pode-se dizer, portanto, no tocante a possibilidade jurídica, que a legislação brasileira encontrava-se defasada em relação ao ecletismo de seu próprio criador, pois ainda abrigava tal espécie dentre o rol de condições da ação.

8. Segundo José Frederico Marques: *"há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão do autor se refere à providência admissível pelo direito objetivo"*. MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1, p. 39. Da mesma forma, para Arruda Alvim *"entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico material"*. ALVIM, Arruda. Manual de direito processual Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 58.

O *interesse processual*, a seu turno, nascia com a insatisfação do interesse substancial, ligando-se ao próprio bem da vida pretendido pelo autor. Embora diferente do direito substancial, o interesse processual encontrava-se invariavelmente contido na exposição fática da causa de pedir (remota), de maneira que a constatação do interesse de agir dava-se, sempre, *in concreto*, à luz da situação narrada no instrumento da demanda.[9]

Embora não houvesse consenso doutrinário a respeito de seu conteúdo, prevalecia que o interesse processual compunha-se pelo binômio *utilidade-necessidade*, compreendendo-se, por *utilidade*, a aptidão da demanda para promoção de um resultado prático favorável ao autor, e a *necessidade* como a impraticabilidade do exercício do direito pela via extrajudicial, seja em decorrência de impositividade legal (ex: ações constitutivas necessárias), resistência de terceiro ou da própria natureza do objeto da demanda.[10]

Parcela da doutrina[11] chegou a acrescentar a este binômio o requisito da *adequação*, relacionando a ação ao tipo de provimento e procedimento escolhido pelo autor para satisfação do direito pretendido. Segundo esta concepção, só haveria interesse processual diante do trinômio "*utilidade–necessidade–adequação*". Diversas críticas foram dirigidas a este modo de pensar,[12] já que eventuais equívocos de adequação deveriam ser corrigidos no curso da demanda, a fim de impedir a extinção prematura do processo.

Por fim, a *legitimidade* estabelecia um vínculo entre a *pessoa* que age em juízo (sujeito da demanda) e a situação jurídica afirmada na demanda,[13] induzindo a uma bilateralidade processual, composta entre autor (legitimidade ativa) e réu (legitimidade passiva).

9. DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 20ª e. Salvador: *JusPodivm*, 2017, p. 418.

10. Consoante expõe Theodoro Jr.: "Localiza-se o interesse processual não apenas na *utilidade*, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares). Vale dizer: o processo jamais será utilizado como simples instrumento de indagação e consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação". THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 47ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 66-67.

11. Neste sentido, José Frederico Marques, Cândido Rangel Dinamarco, Luis Rodrigues Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Ada Pellegrini Grinover etc.

12. Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira, Leonardo Greco, José Orlando Rocha de Carvalho, Fredie Didier Jr., dentre outros.

13. Este vínculo se desdobra em duas dimensões, conforme ensina Barbosa Moreira, dando origem a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa (postulação formulada perante o órgão judicial) e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui ou que ela mesma pretende assumir. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 1985, p. 09.

Seguindo uma postura tipicamente liberal, o CPC/1973 classificava a legitimidade conforme a identidade de titularidade do direito de ação e do direito material. A regra, portanto, seria instituída pela *legitimidade ordinária*, não se permitindo pleitear em nome próprio direito alheio (art. 6°, "caput"). A exceção ficava por conta da *legitimidade extraordinária*, cuja defesa de direito alheio em nome próprio (substituição processual) permanecia na dependência de expressa previsão legal.

Tais institutos distinguiam-se ainda da *representação processual* e da *sucessão processual*, as quais correspondiam, respectivamente, à defesa de direito alheio em nome alheio e à troca dos sujeitos processuais no curso da demanda, ocorrida em razão da morte de uma das partes no processo (art. 43), da nomeação à autoria (arts. 62 e 63) ou da alienação da coisa litigiosa (art. 42).

Ao longo de quase quarenta anos de aplicabilidade, as categorias de jurisdição e ação não escaparam ilesas às transformações científicas operadas sobre o processo civil, conduzindo-as a um desgaste conceitual.

4. A CRISE CONCEITUAL DA JURISDIÇÃO E DA AÇÃO

Em uma de suas últimas conferências, a saudosa Profa. Ada Pellegrini Grinover chamou a atenção para a necessidade de revisão dos pressupostos metodológicos do processo civil, operada por meio da reestruturação conceitual de seus institutos fundamentais. Segundo a processualista, "a jurisdição não pode mais ser definida como poder, função e atividade, pois na justiça conciliativa não há exercício do poder. Ela passa a ser, em nossa visão, garantia de acesso à justiça (estatal ou não), consistente numa função e atividade, cuja autoridade é respeitada pelo corpo social e legitimada pelo devido processo legal, voltadas, em seu escopo social, sobretudo à pacificação dos conflitos".[14]

Com razão a lente das Arcadas. De fato, não só é possível verificar ausência de manifestação de poder estatal em muitos dos métodos consensuais de resolução de conflitos (ex: mediação, arbitragem etc.), assim como não mais se verifica, no âmbito jurisdicional, funções e atividades exclusivas de um órgão judicante (basta pensar nos poderes atuais do Conselho Nacional de Justiça).

Não obstante, muitas das características essenciais da jurisdição acabaram perdendo a razão de ser, não sendo mais possível cogitar da presença obrigatória da *lide*, considerando os desdobramentos da justiça consensual. Igualmente, não mais se fala em *substitutividade*, face à gestão cooperativa do processo e à dimensão substancial do contraditório. A *definitividade*, a seu turno, vem sendo debatida também no âmbito do processo administrativo, o qual, por meio do fenômeno da *preclusão*, vem alcançando idênticos resultados. Há, ademais, graus de definitividade atual no próprio processo civil que, muito embora fu-

14. GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: Processo em Jornadas. Coord. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho et. al. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 29.

jam ao instituto da coisa julgada, surtem efeitos ainda mais rígidos que aquela (ex: fenômeno da estabilização). Por fim, a *inércia* pende atualmente mitigada pela proatividade dos juízes na condução do processo, bem como pelo papel das Cortes nos expedientes de uniformização da jurisprudência, no julgamento de conflitos repetitivos, bem como na aplicação de uma "sistemática de precedentes". Não há, ademais, inércia frente à justiça consensual. [15]

Como acertadamente conclui Sica, "todos estes fatores nos convidam a uma profunda reflexão sobre o primeiro dos institutos fundamentais, e põem em dúvida sua aptidão atual para servir de fonte segura para a compreensão da moderna ciência processual civil".[16]

O mesmo se passa em relação à ação. A visão constitucional do processo civil, associada à multifuncionalidade do direito fundamental ao acesso à justiça, praticamente colocou fim à celeuma que pairava em torno das teorizações envolvendo a categoria da ação, sendo possível compreendê-la hoje como o *direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva* e *efetiva*.

Consoante se verifica, a ação "perdeu força como polo metodológico da ciência processual civil, emergindo em seu lugar o conceito de tutela jurisdicional, menos contaminado por resquícios de teorias já ultrapassadas". [17]

Há, ademais, mudanças em relação ao princípio dispositivo, admitindo-se hoje não apenas uma ampliação dos poderes judiciais (art. 139), como também o exercício do direito de ação para desencadeamento de atividades peculiares (ex: produção autônoma de prova), as quais se afastam do clássico conceito antes debatido, hoje substituído em muitos aspectos pela noção metodológica de *demanda*.

Não só. Os métodos consensuais vêm imprimindo novas tendências ao direito de ação, sendo possível até mesmo questionar se existe ação na justiça consensual.[18] Aliado a isso, assiste-se a uma aproximação conceitual entre *ação* e *defesa*, estando ambos os conceitos compreendidos a partir do direito à tutela jurisdicional, o que também ocorre entre *ação* e *processo*, à luz do direito ao procedimento adequado.

Por fim, as clássicas condições da ação pendem renovadas no paradigma processual atual, não havendo qualquer sentido em se cogitar da impossibilidade jurídica do pedido como fundamento da extinção do processo sem resolução de mérito.

Por tudo isso, crível questionar acerca da real utilidade destes institutos fundamentais para a Ciência Processual hodierna, bem como de sua contínua classificação enquanto polos metodológicos do Direito Processual.

15. GRINOVER, op. cit., p. 29-30.
16. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 439.
17. SICA, op. cit., p. 442.
18. GRINOVER, op. cit., p. 30.

5. O PERFIL RENOVADO DE JURISDIÇÃO E AÇÃO E O CÓDIGO PROCESSUAL DE 2015

De antemão, é preciso fixar uma premissa: muito embora ambas as categorias conceituais jurisdição e ação necessitem de uma reformulação à luz do moderno direito processual, a continuidade de seu estudo mantém viva sua funcionalidade à Ciência Processual, não se advogando, portanto, o abandono de séculos de reflexão jurídica tão somente em razão da crise conceitual antes debatida, sendo preferível, ao revés, buscar novos sentidos aderentes às necessidades científicas de nosso tempo.

Em relação à jurisdição, quatro revoluções podem ser apontadas à luz do CPC/2015: i) *revolução consensual*; ii) *revolução cooperativa*; iii) *revolução democrática*; iv) *revolução interpretativa*. A primeira induz à prioritária solução consensual dos conflitos (art. 3°, §2°), encarando os métodos consensuais como a forma adequada de pacificação, à luz de uma justiça multiportas. A segunda comunga da ideia da atividade jurisdicional como "comunidade de trabalho" (art. 6°), a qual demanda uma postura cooperativa dos magistrados não apenas em relação às partes (autor e réu), mas também (e principalmente) entre os juízes, consoante se verifica, por exemplo, em relação a cooperação internacional (arts. 26 e 27). A terceira pretende valorizar a participação das partes na construção do provimento jurisdicional (arts. 9° e 10), legitimando a manifestação do poder normativo por meio do contraditório compartilhado.[19] Por fim, a quarta diz respeito à compreensão da *norma* como produto do processo hermenêutico,[20] cuja *aplicação* passa não mais a declarar a vontade da lei, mas sim a integrar o Direito, à luz de sua historicidade. Projeta-se, com isso, um compromisso jurisdicional com a *estabilidade*, *integridade* e *coerência* da ordem jurídica (art. 926).[21]

Permite-se cogitar, neste sentido, de um conceito renovado de jurisdição, aqui encarada como a *atividade cooperativa, criativa* e *participativa*, que prioriza a *consensualidade* na resolução dos conflitos.

De outra banda, o direito de ação, agora deve ser encarado como o direito de *acesso à justiça*, alinhando-se, nesta perspectiva, à previsão do artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que assegura a apreciação de demandas tanto na via repressiva (lesão a direito), quanto na via preventiva (ameaça a direito).

Incorpora, ademais, a noção de acesso à ordem jurídica justa,[22] isto é, a ideia de *tutela jurisdicional tempestiva, adequada e efetiva*. Nesta perspectiva, o re-

19. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 4ª e. Curitiba: Juruá, 2012.
20. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1990, p. 254.
21. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1., São Paulo: RT, p. 152.
22. Consoante ensiuna Kazuo Watanabe: "[...] o acesso à justiça é fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa. Esse direito certamente inclui: 1) o direito à informação e perfeito

novado direito de ação compreende tanto o ingresso em juízo (ato postulatório inicial), como o feixe de poderes e situações jurídicas decorrentes do procedimento em contraditório, não se esgotando, como já se supôs, com a mera propositura da demanda (princípio dispositivo).

Ao direito de ação é possível agregar ainda a dimensão da adequação da técnica processual, o que enseja não apenas à oportunidade de *flexibilização procedimental23* (art. 139), encarada como a adaptação do procedimento às necessidades do caso concreto, como também a busca por *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, tais quais as tutelas *urgentes*, *de evidência*, *inibitória*, *de remoção do ilícito* e *mandamentais* (de dar, fazer, não fazer, entregar etc.). Valoriza-se, ainda, a *dimensão executiva* do direito de ação, encarada atualmente enquanto manifestação do direito fundamental ao processo equitativo, a qual veio consagrada no CPC/2015 sob a feição do *princípio da primazia na solução do mérito* (art. 4º).

Em suma: o conjunto de princípios e regras instituídos pelo CPC/2015 fornece as condições epistemológicas para se pensar a jurisdição e a ação de uma maneira conceitual renovada, adaptando sua estrutura à realidade processual de nosso tempo.

6. A POLÊMICA EM TORNO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO CPC/2015

No que toca às condições da ação, é possível verificar a retificação de um erro histórico, optando o CPC/2015 por extirpar, definitivamente, a *possibilidade jurídica do pedido* do rol das condicionantes.[24] Com efeito, a partir da novel legislação, *pedido juridicamente impossível nada mais é do que pedido ilegal*, o qual, portanto, não deve ser acolhido, importando em inevitável julgamento de mérito.

Doutro giro, andou mal o legislador ao não regulamentar o *momento da verificação das condições da ação*, perdendo a chance de colocar fim à polêmica jurisprudencial envolvendo as teorias eclética e da asserção. Melhor seria se tivesse adotado uma das teorias, indicando expressamente qual o *momento de análise*

conhecimento do direito substancial orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e, por derradeiro, 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características". WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Participação e processo. 1ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 135.

23. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

24. A nosso ver, a medida é salutar, uma vez que a legislação brasileira demonstrava-se defasada em relação ao ecletismo do próprio Liebman, que abandonou referido requisito processual ainda na década de 70.

do interesse de agir e da legitimidade *ad causam*, bem como se a falta destes elementos implicaria ou não na extinção do processo com resolução de mérito.

Deve prevalecer, contudo, na linha do que já previam os Tribunais Superiores, a aplicação da teoria da asserção, de modo que as condicionantes provavelmente continuarão examinadas à luz das afirmações inaugurais propostas pelo autor (*in statu assertionis*), sendo toda e qualquer análise posterior encarada como matéria restrita ao mérito da demanda.

Por derradeiro, cumpre responder a seguinte pergunta: *o CPC/2015 eliminou a categoria das condições da ação?* Muito embora alguns autores venham sustentando o fim destas categorias processuais, chegando-se inclusive a sustentar mutação destes institutos (inserindo-os no conjunto dos pressupostos processuais),[25] para este autor, a legitimidade e o interesse permanecem vivas na Ciência Processual, ainda que com as inevitáveis adaptações da teoria constitucional do processo.

Ademais, a doutrina que advoga a extinção ou mesmo a mutação das condições da ação parece não se dar conta de três argumentos: i) o fato de o CPC/2015 não repetir a expressão "condições da ação" ao longo de seus artigos não autoriza o entendimento de que a estrutura por trás dos conceitos de legitimidade e interesse processual tenha sido eliminada ou transmudada; ii) o CPC/2015 não equipara o interesse processual e a legitimidade aos pressupostos processuais, tampouco os estabelece enquanto "questões gerais de admissibilidade", preferindo, ao revés, distinguir expressamente pressupostos processuais (art. 485, inc. IV) da legitimidade e do interesse (art. 485, inc. VI); iii) ainda que os institutos houvessem sido equiparados pelo CPC/2015 (o que não ocorreu), as ditas condições legitimidade e interesse sempre se diferenciarão dos pressupostos processuais, uma vez que estas categorias mantém nítida imbricação em relação ao direito material discutido na demanda, o que não

25. Argumenta Didier que a mudança é bastante significativa, uma vez que o interesse e a legitimidade processuais passariam a constar do rol dos pressupostos processuais de validade: o interesse estaria inserido no pressuposto de validade objetivo intrínseco, enquanto que a legitimidade seria pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. Explica o autor: "A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. A mudança não é pequena. Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registro e aplausos". DIDIER JR., Fredie. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo CPC. In: Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2012.
Didier Jr. sustenta que: "Dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso). Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questões: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído)." DIDIER JR., Fredie. Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo. 1ª e. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

ocorre com os pressupostos processuais, que mantém uma ligação estrita com a noção de processo e a necessidade de sua adequação.[26]

Não bastasse, perceptível que as condições da ação representam uma sólida realidade no estado d'arte processual brasileiro, sendo que, neste quase meio século de aplicação pragmática, tais categorias se consolidaram como uma ferramenta processual das mais utilizadas no cotidiano jurídico-processual, não sendo crível supor venham elas a deixar o hábito dos processualistas e tribunais assim tão cedo.

Ante o exposto, entende-se que o CPC/2015 não necessariamente condena as condições da ação a um epitáfio,[27] sendo possível cogitar de sua contínua utilização, ainda que a partir de uma perspectiva renovada.

7. CONCLUSÃO

Procurou-se aqui problematizar dois dos institutos fundamentais do processo civil, à luz da crise conceitual que atravessam estes pressupostos metodológicos da Ciência Processual.

Nessa linha, objetivou-se erguer algumas balizas que podem servir a uma renovada estruturação da ação e da jurisdição frente ao paradigma constitucional de processo, evitando que séculos de reflexão jurídica envolvendo estas categorias sejam perdidos com a chegada de um novo Código Processual.

O objetivo é cristalino: defender a evolução do processo civil, sem perder de vista sua historicidade ou a funcionalidade de seus institutos.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio de Camargo. Condições da ação e novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 2014, n. 14.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual Civil: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. Instituzioni del processo civile italiano. 5. e. Roma: Soc. Ed. Del "Foro Romano", 1956.

26. Em relação a este derradeiro ponto, aliás, cumpre questionar: como conciliar a falta de pressupostos processuais com a análise de mérito decorrente da aplicação da teoria da asserção? Passariam a "legitimidade" e o "interesse processual" a constituir novos pressupostos processuais de validade, ensejando a extinção do processo com resolução de mérito? Difícil conciliar ambas as teorias, uma vez que os pressupostos processuais, via de regra, admitem correção a posteriori, o que não ocorre com a legitimidade e o interesse processual, que atuam a partir de um binômio lícito-ilícito (ou se é parte legítima ou ilegítima; ou se é interessado ou desinteressado).

27. O tema já foi abordado com maior detença por este autor. Neste sentido, conferir: ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlio de Camargo. Condições da ação e novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 2014, n. 14.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, v. II, 1943.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 20ª e. Salvador: JusPodivm, 2017.

________. Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo. 1ª e. São Paulo: Saraiva, 2005.

________. Será o fim da categoria "condição da ação"? Um elogio ao projeto do novo CPC. In: Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revisitando a teoria geral do processo. In: Processo em Jornadas. Coord. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; AGRIPLIANO, Ricardo de Carvalho et. al. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual I. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1., São Paulo: RT.

MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 39, 1985.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. 4ª e. Curitiba: Juruá, 2012.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do Direito Processual Civil. In: 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 47ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Participação e processo. 1ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. Polémica sobre la actio. Buenos Aires: Ejea, 1974.

Capítulo IV
DOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL E DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL, GRATUIDADE JUDICIÁRIA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

Edilson Santana Gonçalves Filho

1. INTRODUÇÃO: A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A *cooperação jurídica internacional* é gênero, englobando instrumentos como a *homologação de sentenças estrangeiras*, as *cartas rogatórias* e o *auxílio direto*. A cooperação decorre da necessidade de colaboração entre entes estatais para a solução de processos judicias que correm em Estados soberanos diversos, com vistas a possibilitar a realização de certos atos processuais fora dos limites do respectivo território sem ofensa à soberania.

Conforme enumera o artigo 27 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) a cooperação jurídica internacional terá por objeto: I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II – colheita de provas e obtenção de informações; III – homologação e cumprimento de decisão; IV – concessão de medida judicial de urgência; V – assistência jurídica internacional; VI – qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Conforme se verifica da leitura da *cláusula aberta* inserida inciso VI do artigo 27, os atos objeto de cooperação poderão ser os mais diversos, não se admitindo, todavia, a prática de *atos que contrariem ou que produzam resultados*

incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro, *atentem contra a ordem pública* ou *sejam proibidos por lei* (Art. 26, §3° e 39 do CPC/2015).

Nada obstante a União seja a unidade da federação com competência para manter relações com Estados estrangeiros, conforme indica o artigo 21, inciso I da Constituição Federal, a cooperação jurídica internacional pode ser efetivada também através de órgãos do *Poder Judiciário*, da *Defensoria Pública* e do *Ministério Público*, especialmente quanto envolver instituições homólogas no exterior.

No Brasil, como de regra, a matéria é regulamentada por tratados internacionais e por normas internas. Nos termos enunciados pelo *caput* do artigo 26 do Código de Processo Civil "a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte". Nada obstante, na falta de uma Convenção entre as partes, a cooperação pode fundamentar-se no *Princípio da Reciprocidade*. Nesse sentido, passou a dispor expressamente o artigo 26 do código: § 1° na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática.

Conforme já se vislumbra, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever regramento específico sobre o tema, mais especificamente nos artigos 26 a 41 e 960 a 965, inovando com relação ao antigo diploma processual. Assim, a matéria é regulada por tratado, trazendo o *codex* processual regras gerais que devem ser observadas em âmbito interno.

Na esfera internacional, o Brasil é signatário de diversos diplomas que trazem regras sobre cooperação jurídica, a exemplo da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças (Convenção de Haia) e da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1979, assim como de tratados bilaterais quanto ao tema[1]. Destaca-se, por seu específico objeto e campo de incidência, o denominado *Protocolo de Las Leñas*, firmado no âmbito do *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL) e promulgado pelo Decreto 2.067 de 1996.

1. A exemplo do Acordo de Cooperação em Matéria Civil, firmado entre os governos da República Federativa do Brasil e da República Francesa, promulgado pelo Decreto nº 3.598, de 12 de setembro de 2000; do Acordo sobre Cooperação Judiciária em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Libanesa, promulgado pelo Decreto nº 7.934, de 19 de fevereiro de 2013; da Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita com a Argentina, promulgada pelo Decreto nº 62.978, de 11 de julho de 1968; da Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e a Bélgica, promulgada pelo Decreto nº 41.908, de 29 de julho de 1957; da Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e os Países Baixos, promulgada pelo Decreto nº 53.923, de 20 de maio de 1964; do Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, promulgado pelo Decreto n° 166, de 03 de julho de 1991; e do Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, promulgado pelo Decreto nº 1.476, de 02 de maio de 1995.

2. CONFLITO ENTRE NORMAS PROCESSUAIS DE DIREITO INTERNACIONAL E DE DIREITO INTERNO

Conforme já anotado, o artigo 26 do Código de Processo Civil estabelece que "a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte". Por sua vez, estabelece o artigo 13 do CPC/2015: *A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais* de que o Brasil seja parte.

Sendo assim, em caso de *conflito entre a norma processual interna e a internacional, prevalecerá o tratado* sobre a lei brasileira[2]. Há, destarte, atribuição de *supralegalidade* aos tratados que versem sobre matéria processual. Daí a importância de analisar as regras pactuadas internacionalmente, especialmente tratando-se de tema relacionado à assunto que transcende as fronteiras nacionais[3].

3. COOPERAÇÃO JURÍDICA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Entre os países do Mercosul foi firmado o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, também conhecido como *Protocolo de Las Leñas*, promulgado pelo Decreto 2.067/1996. O pacto foi ampliado, por meio do *Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile*, para vincular esses últimos dois países, promulgado pelo Decreto 6.891/2009. O texto do Acordo traz regras similares às disposições contidas no Protocolo.

Objetiva-se a prestação de assistência mútua e ampla cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa[4]. Destaca-se a previsão de *igualdade de tratamento processual*, estabelecendo-se que os nacionais, os cidadãos e os residentes permanentes ou habituais de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos nacionais, cidadãos e residentes permanentes ou habituais de outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses. A previsão é extensível às pessoas jurídicas constituídas de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes.

2. Nesse sentido: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 701.
3. Devido à diversidade de tratados acerca do tema, realizar-se-á um enfoque, quanto ao plano internacional, ao trato da cooperação no âmbito do Mercosul. O leitor deve ficar ciente, todavia, que as regras tendem a se repetir nos diversos pactos internacionais, bilaterais ou multilaterais.
4. Artigo 1: Os Estados Partes comprometem-se a prestar assistência mútua e ampla cooperação jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. A assistência jurisdicional em matéria administrativa compreenderá, em conformidade com o direito interno de cada Estado, os procedimentos contenciosos administrativos em que se admitam recursos perante os tribunais.

4. AUTORIDADES CENTRAIS

Em regra, a cooperação jurídica internacional deve ocorrer por intermédio de *autoridades centrais*, nada impedindo, contudo, que se utilize a via diplomática, especialmente nos casos em que não exista tal figura em um dos polos da relação.

Autoridade Central é o órgão que busca facilitar as relações entre os Estados, concentrando atribuições referentes à cooperação jurídica internacional, a exemplo do recebimento, do encaminhamento, da orientação para a devida formulação e do acompanhamento da execução de pedidos[5]. O papel das Autoridades Centrais adquire especial relevo na cooperação jurídica direta, competindo-lhes comunicar-se diretamente com suas congêneres e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e pela execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado (Art. 31 do CPC/2015).

Regra geral, os tratados preveem que a os Estados Partes devem indicar uma Autoridade Central, como ocorre com o Protocolo de Las Leñas e com o Acordo Mercosul[6]. O artigo 26 do Código de Processo Civil em vigência dispõe que a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará "a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação" (Art. 26, inciso IV).

No Brasil, a Autoridade Central é, na maioria dos casos, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, conforme estabelece o Decreto 8.668 de 2016 (Art. 10), que revogou o Decreto 6.061 de 2007, mantendo, contudo, a previsão antes constante no artigo 11 deste último. No entanto, há algumas exceções a essa regra, como a designação da Procuradoria-Geral da República – para atuar na qualidade de Autoridade Central quanto a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro (Convenção de Nova York), conforme define o artigo 26 da Lei 5.478/1968 – e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – para a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, a Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores e a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional.

5. Conforme informa o portal eletrônico do Ministério da Justiça: http://portal.mj.gov.br.
6. O Acordo prevê: Artigo 2 - Para efeitos do presente Acordo, os Estados Partes indicarão uma Autoridade Central encarregada de receber e dar andamento a pedidos de assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa. Para tanto, as Autoridades Centrais comunicar-se-ão diretamente entre si, permitindo a intervenção das respectivas autoridades competentes, sempre que necessário.
A Autoridade Central poderá ser substituída em qualquer momento, devendo o Estado respectivo comunicar o fato, no mais breve prazo possível, ao Governo depositário do presente Acordo, para que dê conhecimento aos demais Estados Partes da substituição efetuada.

Seguindo essa linha, o Código de Processo Civil passou a prever que *o Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central* na ausência de designação específica (Art. 26, §4° do CPC/2015).

Nos termos do Acordo Mercosul as Autoridades Centrais dos Estados Partes poderão, ainda, fornecer, mutuamente, a título de cooperação judicial, e desde que não se oponham às disposições de sua ordem pública, *informações* em matéria civil, comercial, trabalhista, administrativa e de direito internacional privado, sem despesa alguma, sem prejuízo de serem prestadas por meio de autoridades diplomáticas ou consulares (Artigos 28 e 29). Nesse caso, o Estado que receber as citadas informações não estará obrigado a aplicar o direito estrangeiro segundo o conteúdo da resposta recebida (Art. 30), o que ratifica a função meramente *consultiva*.

A previsão quanto ao *fornecimento de informações (função consultiva)* por meio de cooperação também se fez presente no CPC/2015, conforme se verifica nos artigos 27, II (dispõe sobre normas gerais sobre a cooperação jurídica internacional) e 30, I (que trata do auxílio direto) e visa, evidentemente, facilitar a comunicação entre Estados soberanos, imprimindo celeridade ao respectivo ato.

No contexto de sua função informacional, à Autoridade Central competirá, também, o envio de documentos em razão de solicitação de Estado parte. Nesse sentido, o Acordo Mercosul prevê que "cada Estado Parte remeterá, por intermédio da Autoridade Central, a pedido de outro Estado e para fins exclusivamente públicos, os traslados ou certidões dos assentos dos registros de estado civil, sem nenhum custo" (Art. 27).

4.1. Tramitação Ativa e Passiva

Havendo necessidade de cooperação jurídica internacional o interessado encaminhará sua solicitação à respectiva autoridade central, que adotará as medidas cabíveis.

A depender de sua origem, o pedido pode ser classificado como ativo ou passivo.

Caracterizam-se como *cooperação jurídica internacional ativa* os pedidos iniciados no Brasil (feitos por nacionais ou residentes no país, buscando cooperação de autoridade estrangeira). Nos termos do Código de Processo Civil: Art. 37. O pedido de cooperação jurídica internacional oriundo de autoridade brasileira competente será encaminhado à autoridade central para posterior envio ao Estado requerido para lhe dar andamento. Art. 38. O pedido de cooperação oriundo de autoridade brasileira competente e os documentos anexos que o instruem serão encaminhados à autoridade central, acompanhados de tradução para a língua oficial do Estado requerido.

Nas passivas, estrangeiros residentes no exterior, ou seus representantes legais, apresentam à Autoridade Central respectiva, que encaminhará para a Autoridade Central Brasileira, pedidos destinados a solicitar medidas no Bra-

sil, sendo recusados se configurarem manifesta ofensa à ordem pública (Art. 39 do CPC/2015).

Assim, supondo-se que um indivíduo economicamente necessitado residente na Argentina necessite apresentar defesa em processo que tenha curso no Brasil, necessitando, portanto, de assistência jurídica. Nesse caso, o pedido deverá ser encaminhado pela Autoridade Central argentina para a Autoridade Central brasileira, a qual, por sua vez, dará o devido encaminhamento ao órgão competente (nesse caso, a Defensoria Pública). O mesmo ocorre, em sentido inverso, na cooperação ativa. Retomando-se o exemplo acima, a Defensoria Pública encaminhará ao DRCI do Ministério da Justiça o pedido de cooperação ativa[7].

Repise-se que nada impede a cooperação direta entre as Defensorias Públicas no Brasil e suas instituições homólogas no exterior, para fins de concessão de assistência jurídica gratuita, quando existir esse canal de cooperação estabelecido.

5. TRADUÇÃO E AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS

O Acordo Mercosul, acima mencionado, prevê que os instrumentos públicos emanados de um Estado Parte terão nos outros a mesma força probatória que seus próprios instrumentos públicos (Art. 25). Demais a mais, documentos emanados de autoridades de um dos Estados signatários do tratado, incluindo-se as escrituras públicas e os documentos que certifiquem a validade, a data, a veracidade da assinatura ou a conformidade com o original, ficam *isentos de legalização, certificação ou formalidade análoga, quando sejam transmitidos por intermédio da Autoridade Central* para apresentação no território do outro Estado Parte (Art. 27).

Seguindo essa linha, o Código de Processo Civil considera autêntico o documento que instruir pedido de cooperação jurídica internacional, inclusive tradução para a língua portuguesa, quando encaminhado ao Estado brasileiro por meio de autoridade central ou por via diplomática, *dispensando-se ajuramentação, autenticação ou qualquer procedimento de legalização* (Art. 41). A previsão não impede a aplicação pelo Estado brasileiro do princípio da reciprocidade de tratamento, quando o outro país exigir ajuramentação, autenticação ou legalização.

Nos termos do artigo 38 do código processual, no pedido de cooperação jurídica internacional oriundo de autoridade brasileira, cabe à autoridade interessada (e não à autoridade central) a tradução dos documentos, que serão encaminhados à autoridade central. Uma vez enviados pela autoridade central ao exterior, estes serão considerados autênticos, conforme observado acima.

7. A fim de regulamentar tal procedimento, a Portaria Conjunta 231 de 2015, que teve como signatários o Defensor Público-Geral Federal e o Secretário Nacional de Justiça, definiu os procedimentos dos pedidos de assistência jurídica gratuita ativos e passivos em matéria civil e penal, no âmbito da cooperação jurídica internacional.

Por fim, importa observar que o Acordo Mercosul prevê que os instrumentos públicos emanados de um Estado Parte terão nos outros a mesma força probatória que seus próprios instrumentos públicos (Art. 25).

Não sendo encaminhados via autoridade central ou diplomática, regra geral, para ter validade nos processos em curso no Brasil, o documento redigido em língua estrangeira deverá vir acompanhado de versão para a língua portuguesa firmada por tradutor juramentado, a teor do disposto no artigo 192, parágrafo único do CPC/2015, que estabelece regras quanto à forma dos atos processuais. Há precedente do Superior Tribunal de Justiça, contudo, dispensando a tradução quando a clareza do teor documental não imponha dificuldade a sua compreensão, como no caso daquele redigido em língua espanhola[8]. A dispensa também poderá decorrer de tratada bilateral ou multilateral entre os Estados envolvidos, a exemplo da Convenção de Apostila de 1961[9], promulgada pelo Brasil em 2016 pelo Decreto 8.660.

6. ACESSO À JUSTIÇA, BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA E ASSISTÊNCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Os Estados devem garantir o livre acesso à Justiça, às pessoas físicas e jurídicas que se encontrem em um dos Estados signatários e necessitem da cooperação jurídica internacional (Art. 3 do Protocolo e Art. 3 do Acordo[10]). Nesse sentido, a Constituição Federal Brasileira dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (Art. 5º, XXXV) e a Convenção Americana de Direitos Humanos afirma que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, para que se determinem seus direitos ou obrigações.

Demais disso, conforme já observado anteriormente, os diplomas internacionais[11] estabeleceram que os cidadãos e os residentes permanentes de um dos Estados Partes gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, do livre acesso à jurisdição para a defesa de seus direitos e interesses, o que se estende às pessoas jurídicas constituídas de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes.

8. STJ. 3ª Turma. REsp 924992/PR. j. 19/05/2016. DJe 26/05/2011.
9. Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros.
10. Protocolo de Las Leñas (promulgado pelo Decreto 2.067/96) e Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (promulgado pelo Decreto 6.891/09).
11. O Protocolo de Las Leñas (promulgado pelo Decreto 2.067/96) e o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (promulgado pelo Decreto 6.891/09).

Assim como ocorreu com o Protocolo de Las Leñas (promulgado pelo Decreto 2.067/96) e com o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional (promulgado pelo Decreto 6.891/09), o qual ampliou o número de Estados signatários, foram firmados, com objeto mais específico, o *Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita* entre os Estados Partes do Mercosul[12] e o *Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile*[13].[14]

Por meio desses, restou estabelecido que os nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados Partes gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos *mesmos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais.*

Com efeito, o *Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional* já prevê que *nenhuma caução ou depósito, qualquer que seja sua denominação, poderá ser imposta em razão da qualidade de nacional, cidadão ou residente* permanente ou habitual de outro Estado Parte. Destarte, não poderá ser imposta nenhuma custa (caução ou depósito) em razão simplesmente da nacionalidade ou do fato de a pessoa (física ou jurídica) encontra-se em território de outro Estado Parte.

Por seu turno, os *Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita* estabelecem que os Estados se comprometam a dar *assistência jurídica gratuita* às pessoas que gozem do *benefício da justiça gratuita*, em *igualdade de condições* com seus nacionais ou cidadãos.

Vale rememorar que *assistência jurídica gratuita* não se confunde os benefícios da justiça gratuita. A primeira se reporta à prestação de serviços jurídicos (atendimento, orientações e atuação em processos judiciais ou administrativos), enquanto a segunda se refere à isenção de custas e honorários processuais, também denominada de *gratuidade de justiça*.

A assistência jurídica (o termo "jurídica" é mais amplo do que "judiciária", pois vai além da atuação perante o Poder Judiciário) no Brasil é atribuição constitucionalmente (Art. 134 da CF) conferida à Defensoria Pública.

Dessa forma, um cidadão que, por exemplo, se encontre no Uruguai (país membro do Mercosul), brasileiro ou não, e necessite de defesa em um processo perante o Poder Judiciário no Brasil, poderá ser assistido por um Defensor Público membro da Defensoria Pública brasileira.

Nesse sentido os Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita preveem que os Estados Partes devem informar às pessoas interessadas sobre a existência de defensorias públicas, de benefícios

12. Assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000 e promulgado pelo Decreto 6.086/07.
13. Assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000 e promulgado pelo Decreto 6.679/08.
14. Anteriormente já havia sido internalizado o Protocolo de Medidas Cautelares (concluído em Ouro Preto em dezembro de 1994 e promulgado pelo Decreto 2.626/1998), que dispõe sobre a isenção dos pagamentos de custas e despesas para aqueles que tenham obtido no Estado Parte requerente o benefício da justiça gratuita em medidas cautelares, matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores.

da justiça gratuita e assistência jurídica gratuita a que possam ter direito, assim como devem propiciar assistência jurídica gratuita e garantir o benefício da justiça gratuita, *em igualdade de condições com seus nacionais ou cidadãos*.

Mostra-se interessante a situação na qual o país destinatário não prevê a isenção de custas (gratuidade de justiça). Nesse caso, ainda que o Brasil adote a regra do benefício da justiça gratuita aos necessitados brasileiros ou estrangeiros (Art. 98 do CPC/2015[15]), não haverá como se exigir que a mesma isenção seja concedida em país estrangeiro, pois que as custas serão devidas também por seus nacionais.

O mesmo se verifica com relação à assistência jurídica gratuita, especialmente em razão da inexistência de órgãos homólogos à Defensoria Pública brasileira em diversos Estados. No campo prático, nem mesmo a promessa de reciprocidade tem servido ao convencimento, sob alegação de que os estrangeiros (no caso, os brasileiros) teriam melhor tratamento que os respectivos nacionais, os quais não gozam de tais benefícios.

Ainda no que concerne à assistência aos vulneráveis, o Código de Processo Civil (Art. 26, II) prevê a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se *assistência judiciária* aos necessitados.

O legislador foi infeliz ao utilizar a expressão "assistência judiciária", menos abrangente do que "assistência jurídica". A própria Constituição Federal optou por expressão mais abarcante (Artigos 5°, LXXIV e 134). Sendo a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos *direito fundamental*, a questão pode desaguar, assim, no questionamento acerca do gozo de tais direitos por estrangeiros e possível interpretação constitucional do dispositivo processual.

De toda forma, no âmbito do Acordo entre os países do Mercosul, Bolívia e Chile (assim como outros que possuam tratados sobre o tema) a questão está fora de debate, considerando que o regramento internacional é claro ao dispor que os Estados Partes se comprometem a dar *assistência jurídica gratuita* em igualdade de condições com seus nacionais ou cidadãos, devendo prevalecer o disposto no tratado (nesse sentido, é claro o artigo 26 do Código de Processo Civil ao estabelecer que a cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte).

Demais disso, uma análise do próprio código de processo deixa evidente que o uso da expressão "assistência judiciária" se deveu a mera atecnia ou desatualização legislativa. É que o artigo 27, inciso V, do CPC/2015 é claro ao dispor que a cooperação jurídica internacional terá por objeto: V – *assistência jurídica* internacional. Em verdade, o artigo 26, II da lei processual parece mui-

15. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

to mais se referir à garantia de gratuidade de custas (justiça gratuita), estando a assistência jurídica internacional gratuita prevista no artigo 27.

Aliás, a derrogada lei 1.060, nascida na década de cinquenta, utiliza-se da expressão "assistência judiciária" para designar tanto a isenção de custas como o patrocínio de defesa dentro de um *processo judicial*, para aquele considerado necessitado. Nos termos de seu texto revogado (art. 1°, § 1°) pelo CPC/2015 "a assistência judiciária gratuita será concedida àquele que se declarar necessitado, considerando-se como necessitado todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

Andou bem o Código de Processo ao utilizar o termo *justiça gratuita* para se referir à isenção de custas, despesas e emolumentos (Art. 98 do CPC/215), enquanto a assistência jurídica recebeu tratamento específico nos artigos 185 a 187, em título destinado especificamente à Defensoria Pública, em consonância com a evolução da matéria. Seguindo essa linha, a utilização do termo assistência judiciária no artigo 26 do código, que trata da cooperação jurídica internacional, mostra-se desalinhada, pois que a cooperação abarca não só o patrocínio de defesa em processo judicial, não se confundindo, ademais, com a isenção de despesas processuais.

Será competente para conceder a justiça gratuita a autoridade do Estado Parte que tenha jurisdição para conhecer do processo no qual o benefício é solicitado. Para tanto, poder-se-á requerer a cooperação das autoridades de outros Estados Membros, solicitando informações sobre a situação econômica do requerente (por meio de Autoridade Central, via diplomática, consular ou, ainda, nas zonas fronteiriças, diretamente), conforme dispõe os Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita.

Os requerimentos de benefício da justiça gratuita, assim como sua revogação, regem-se pelo direito interno do Estado Parte que tenha jurisdição para conceder o benefício. No Brasil, a questão é atualmente disposta nos artigos 98 a 102 do CPC/2015, sendo que o pedido de gratuidade judiciária, assim como o requerimento de assistência jurídica por meio da Defensoria Pública, pode ocorrer em qualquer fase (pré-processual, durante o processo e até mesmo em fase recursal). Conforme disposto no artigo 99 do Código de Processo Civil "o pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso".

Se o juiz do Estado Parte que está contribuindo com informações tiver a certeza de que as circunstâncias que permitiram a concessão do benefício da justiça gratuita mudaram substancialmente, deverá informar ao juiz que o concedeu. De toda forma, tratando-se de processo em curso no Brasil, a parte beneficiária deverá ser intimada para manifestar-se antes de eventual decisão que revogue o benefício (Art. 99, parágrafo 2° do CPC/2015).

Previsão interessante constante nos Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita estabelece que a gratuidade concedida no Estado Parte requerente em um processo onde sejam solicitadas medidas

cautelares, recepção de provas no exterior e outras medidas de cooperação tramitadas por meio de cartas rogatórias, deverá ser reconhecido no Estado Parte requerido. Da mesma forma, o benefício da justiça gratuita concedido no Estado Parte de origem da sentença será mantido naquele de sua apresentação para seu reconhecimento (homologação) ou execução. De se observar que, uma vez em curso o processo no Brasil, a gratuidade se mantém em todas as instâncias, caso não seja revogada, nos termos do artigo 9° da lei 1.060/50, ainda vigente nesta parte.

Por razões lógicas, os trâmites e documentos relacionados com a concessão do benefício da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita estarão isentos de todo tipo de despesas (Art. 13 dos Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita), sendo que o Estado Parte que conceder o benefício da justiça gratuita e/ou a assistência jurídica gratuita não terá direito a exigir nenhum reembolso ao Estado Parte do requerente. De mais a mais, a gratuidade concedida no Brasil abrange a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira, nos termos do artigo 98, parágrafo 1°, VI do Código de Processo Civil.

Pode-se questionar, por fim, se o benefício da gratuidade internacional abrange também processos administrativos. No Brasil, a lei 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) proíbe a de cobrança de despesas processuais (artigo 2°, XI e 56, §2°), ressalvadas as previstas em lei. De toda sorte, os Acordos sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita dispõem serem dispensadas do pagamento de custas judiciais e de outras despesas processuais as medidas requeridas no âmbito da cooperação jurisdicional internacional por pessoas que tenham obtido o benefício da justiça gratuita e de assistência jurídica gratuita em um dos Estados Partes, em matéria civil, comercial, trabalhista e, quando for o caso, em matéria judicial contencioso-administrativa. Apesar da tradução truncada do texto normativo, percebe-se que se encontra abrangida a seara administrativa.

6.1. Tramitação de Pedidos para Obtenção de Assistência Jurídica Gratuita Internacional

A tramitação de pedidos visando a obtenção de assistência jurídica gratuita pode ser classificada como ativa ou passiva, a depender se o necessitado se encontra no Brasil ou no exterior. Além disso, há que se observar a nacionalidade do solicitante. Assim, observamos as seguintes possibilidades: *(a)* necessitado brasileiro que se encontra no Brasil; *(b)* necessitado estrangeiro que se encontra no Brasil; *(c)* necessitado brasileiro que se encontra no exterior; *(d)* necessitado estrangeiro que se encontra no exterior.

Registra-se, por oportuno, que a vulnerabilidade pode ser de várias espécies, não se limitando à necessidade econômica. Pode-se citar, por exemplo, caso envolvendo a subtração internacional de crianças ou o auxílio a indivíduo

que ingressa no Brasil como refugiado, onde, na maior parte dos casos, a vulnerabilidade é intrínseca à própria condição da pessoa em situação de risco[16].

Inicialmente, observa-se que ao **necessitado estrangeiro que se encontra no Brasil solicitando assistência neste país** aplica-se a mesma regra prevista para os *brasileiros*, já que, nos termos do artigo 5° da Constituição Federal "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes[17] no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". Como se vê, essa primeira situação não se insere nem mesmo no âmbito da cooperação jurídica internacional, tratando-se de mero exercício de direito reconhecido como fundamental pela Constituição Federal, em esfera interna.

No tocante ao **necessitado brasileiro que está no Brasil e precisa solicitar assistência jurídica gratuita no exterior**, poderá obtê-la nas mesmas condições que os nacionais do país solicitado a obtém, desde que haja tratado ou, não havendo, com base em compromisso bilateral de reciprocidade. No primeiro caso, existindo Acordo de Cooperação Jurídica Internacional com o respectivo país, a tramitação se dá via autoridades centrais, devendo observa-se os termos constantes no pacto internacional. Já na reciprocidade, utiliza-se a via diplomática.

Da mesma forma, sendo o **necessitado estrangeiro que se encontra no Brasil solicitando assistência jurídica gratuita no exterior,** em jurisdição diversa de sua nacionalidade, o benefício pode ser concedido nos termos de eventual tratado (do qual o país de que seja nacional ou o Brasil, local de residencial habitual, esteja como signatário juntamente com o Estado requerido. Nesse sentido, dispõe o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile: Artigo 1° – Os *nacionais, cidadãos e residentes habituais* de cada um dos Estados Partes gozarão, no território dos outros Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais). Na falta disso, compromissos bilaterais podem estender os benefícios à terceiros.

16. Sobre o tema, ver: "Defensoria Pública e Vulnerabilidade: há um protetor constitucional dos segmentos sociais vulneráveis?" Publicado no Empório do Direito. Disponível em http://emporiododireito.com.br/quem-somos/.

17. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que ao estrangeiro devem ser assegurados direitos e garantias fundamentais abraçados pela Constituição pátria, a exemplo da legitimidade para o manejo de remédios constitucionais, como o habeas corpus (STF, HC 94016 MC/SP). A expressão "estrangeiro residente" aposta no *caput* do artigo 5º da Constituição Federa deve ser interpretada de acordo com a totalidade de suas disposições e com seu espírito humanitário. O que deveras interessa é que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira. De mais a mais, ainda que se interpretasse restritivamente e literalmente o *caput* do artigo 5º, os estrangeiros não residentes seriam titulares de direitos fundamentais por força do artigo 1º do Pacto de San Jose da Costa Rica, para o qual "pessoa é todo ser humano". Tal raciocínio é aplicável a toda uma gama de direitos fundamentais albergados por nossa ordem jurídica, como é o caso do acesso à justiça. Nesse sentido, precedente do TRF da 4º Região: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TRANSPLANTE DE MEDULA. TRATAMENTO GRATUITO PARA ESTRANGEIRO. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residente no País, *não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição.* Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no país encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. (TRF 4ª Região, AG 2005040132106/PR, j. 29/8/2006).

Caso a *solicitação se dirija ao seu país de nacionalidade*, para que se apresente à justiça de seu Estado de origem basta que busque os órgãos que lá têm a atribuição de prestar assistência (a Defensoria Pública, caso exista, ou instituição homóloga). As autoridades brasileiras podem auxiliar na aproximação entre o cidadão e o órgão estrangeiro, em caso de dificuldade de contato. O mesmo ocorre em situação inversa, estando o **necessitado brasileiro no exterior e necessitando se fazer representar no Brasil.** Nesse último caso, a autoridade central brasileira poderá ser comunicada a fim de que proceda o correto encaminhamento da questão. Nada impede que o contado se dê diretamente com a Defensoria Pública respectiva[18].

É possível, ainda, que **brasileiro em situação de vulnerabilidade no exterior necessite de assistência jurídica gratuita para a defesa de direitos em outro país estrangeiro**. Em tal caso, o pedido segue o mesmo disposto para o necessitado brasileiro que está no Brasil e precisa solicitar assistência jurídica gratuita no exterior, conforme escrito acima, podendo o trâmite se dá via autoridade central (brasileira) ou diplomática (por reciprocidade), a depender da existência ou não de tratado.

Por fim, o **necessitado estrangeiro que se encontra no exterior** pode solicitar assistência jurídica no Brasil, que será deferido nas mesmas condições em que brasileiros recebem o benefício, desde que exista previsão para tanto em tratado do qual o Brasil e o Estado de sua nacionalidade façam parte, por meio das respectivas autoridades centrais. Não havendo, há ainda a possibilidade de concessão com base em assunção de compromisso de reciprocidade. Nada impede que a Defensoria Pública seja diretamente contatada, quando deverá observar os termos de tratado existente, a fim de não ofender a soberania nacional.

Importa observar que a concessão da assistência jurídica gratuita não se dá de forma automática, passando cada caso por avaliação das autoridades do país requerido. Daí a importância de se observar os termos de acordo de cooperação existente e instruir o pedido com os documentos necessários.

18. No âmbito da Defensoria Pública da União, por exemplo, foi criada a Secretaria de Assuntos Internacionais, que pode ser contatada nesses casos por e-mail ou telefone. Para mais informações acessar: http://www.dpu.gov.br/assistencia-internacional.

7. FORMAS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: AUXÍLIO DIRETO, CARTAS ROGATÓRIAS E HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS

O Código de Processo Civil prevê três instrumentos para a cooperação jurídica internacional: *(1)* auxílio direto, *(2)* carta rogatória e *(3)* homologação de sentença estrangeira (Artigos 28, 36 e 960 do CPC/2015).

Antes do advento do novo código de processo civil brasileiro, a matéria era disciplinada pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça[19], que, agora, deve ser lido em consonância com o Código, na parte que não restar superado ou modificado[20].

7.1. Auxílio Direto

A gradual atenuação das fronteiras, especialmente em razão do avanço tecnológico, fenômeno que acelera o processo de globalização, exige e possibilita a adoção de novas e mais céleres formas de comunicação entre os Estados e seus órgãos internos.

O auxílio direto se inicia com uma solicitação do ente estrangeiro para que se conheça de um pedido como se fosse interno, diferenciando-se da carta rogatória em razão de que nesta última há necessidade de uma ação judicial no estado estrangeiro, por meio do qual um juiz solicita a realização de um ato certo e definido, sendo que o juízo nacional somente pode praticá-lo ou negar aplicação, conforme esclarece Maria Rosa Guimarães Loula[21].

É o caso do trâmite previsto na Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de menores, por meio do qual, quando uma criança é retirada de seu país de residência habitual ilicitamente, a autoridade central estrangeira, ao tomar ciência (em geral por meio do genitor que permaneceu

19. Constava no revogado CPC/1973: Art. 211. A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 483. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
A redação era anterior à Emenda Constitucional 45 de 2004, que alterou a competência para o Superior Tribunal de Justiça. Naquele momento, a matéria foi disciplinada, em caráter transitório, pela Resolução 09 do Superior Tribunal de Justiça, com posterior inclusão das regras no regimento interno da Corte.
O CPC/2015 passou a tratar, também, do auxílio direto. Encontramos equivalentes ao mencionado artigo 211 do CPC/1973 no atual código nos artigos 36 e 960: Art. 36. O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal. Art. 960. § 2o A homologação obedecerá ao que dispuserem os tratados em vigor no Brasil e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.
20. A Emenda Regimental 22/0216 alterou, incluiu e revogou dispositivos do Regimento Interno para adequá-lo à Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil.
21. Citada no Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça. p. 43.

no local de origem) comunica à autoridade central brasileira. Uma vez comunicada e não conseguindo solução consensual, essa encaminha o caso para que a Advocacia-Geral da União proponha ação judicial de busca e apreensão perante o juízo federal, visando o retorno da criança (Art. 33 do CPC/2015). Note-se que esta ação dispensa ordem judicial do exterior[22].

Seguindo essa linha, o código processual brasileiro dispôs que a solicitação de auxílio direto deverá ser encaminhada pelo órgão estrangeiro interessado à autoridade central, cabendo ao Estado requerente assegurar a autenticidade e a clareza do pedido (Art. 29 do CPC/2015).

O auxílio direto é instrumento voltado à viabilização de conflitos de interesses internacionais. É admitido para o cumprimento de atos estrangeiros simples, como os de mera comunicação, a obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico, a respeito de processos e a colheita de provas (salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira). Em suma, além dos casos expressamente previstos em tratados dos quais o Brasil faz parte, "qualquer medida *judicial* ou *extrajudicial* não proibida pela lei brasileira" (Art. 30 do CPC/2015).

No sentido do que já apontava o Regimento Interno do STJ (art. 216-O, §2º), o Código de Processo Civil estabeleceu que o auxílio direto é cabível quando não houver necessidade de juízo de delibação. Nos termos do seu artigo 28, será cabível quando "a medida não decorrer diretamente de decisão de *autoridade jurisdicional* estrangeira a ser submetida a juízo de *delibação* no Brasil".

Havendo decisão judicial, a modalidade de cooperação será a carta rogatória. Nada obstante, na prática, o auxílio venha sendo utilizado, também, para a realização de alguns atos processuais de natureza não decisória que tradicionalmente seriam objeto de cartas rogatórias, especialmente em razão da existência de tratados bilaterais ou multilaterais dos quais o Brasil é signatário.

Quando a medida depender de *ato judicial*, compete ao foro federal do lugar em que deva ser executada apreciar o pedido de auxílio direto passivo (Art. 34 do CPC/2015), sendo atribuição dos *juízes federais de 1º grau* (Art. 109, I e III da CF/88). É o caso da busca e apreensão de menor, supramencionada. Havendo juízos concorrentes, deve-se prestigiar aquele que concentrar a maior parte das medidas a serem executadas.

O auxílio direto, assim como as cartas precatórias, *suspende o julgamento da causa* quando, tendo sido requerido antes da decisão de saneamento, o esclare-

22. Acerca disso, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: A remessa de menor ao exterior ultrapassa os limites reservados à carta rogatória, pois deve processar-se nos termos da Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças – Convenção de Haia (Decreto n. 3.413/2000), por intermédio da autoridade central para o caso, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, órgão vinculado à Presidência da República (STJ. AgRg na CARTA ROGATÓRIA Nº 2.874).

cimento de determinado fato ou a produção de certa prova nele solicitada for imprescindível (Art. 377 do CPC/2015).

No que concerne aos *atos extrajudiciais*, o Código foi expresso ao observar que no caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a própria autoridade central adotará as providências necessárias para seu cumprimento (Art. 32), independente de determinação judicial, a exemplo do fornecimento de informação e da realização de notificação extrajudicial.

Não se admite auxílio direto para a execução de decisão judicial alienígena. A cooperação jurídica, no caso de execução de decisão estrangeira, se dará por meio de carta rogatória ou de homologação, nos termos do disposto no artigo 40 do Código de Processo Civil.

7.2. Cartas Rogatórias e Homologação de Sentenças Estrangeiras

A cooperação jurídica internacional para execução de decisão judicial estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou de ação de homologação de sentença estrangeira (Art. 40 do CPC/2015), formas tradicionais de cooperação jurídica internacional, competindo, a *homologação e a concessão de exequatur* às cartas rogatórias, ao *Superior Tribunal de Justiça* – STJ (Art. 105, I, i da CF/88)[23].

Tais instrumentos processuais visam conferir eficácia à decisão alienígena. A decisão estrangeira, nos termos do CPC/2015, somente será eficaz no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado (Art. 961).

Importa observar que sendo hipótese de *competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira* não será homologada ou concedido *exequatur* à decisão (Art. 964 do CPC/2015). O *exequatur* é a ordem dada para que a medida processual rogada seja cumprida no Brasil. Após cumprimento, a carta é enviada ao Tribunal, que, então, devolverá ao Estado requerente. Uma sentença estrangeira ou carta rogatória que tenha como objeto competência exclusiva dos tribunais brasileiros fere a soberania nacional e a ordem pública, o que é vedado pelo Código (Artigos 39 e 963, VI).

Assim, não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a ordem pública ou os valores fundamentais do Estado brasileiro, como a dignidade da pessoa humana (Art. 26, §3° do CPC/2015 e Art.

23. Nos termos do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile "Os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, para fins de reconhecimento e execução das sentenças ou dos laudos arbitrais, serão regidos pela lei do Estado requerido" (art. 24).

216-F do Regimento Interno do STJ). É que, consoante já constava na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, "as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes" (Art. 17 da LINDB).

Uma vez homologada a sentença ou concedido o *exequatur* cabe à *Justiça Federal* a execução, dependendo seu cumprimento de requerimento da parte, que deverá instruir o pedido com cópia autenticada da decisão homologatória ou do *exequatur*, conforme teor dos artigos 109, X da Constituição Federal, 965 do Código de Processo Civil e 216-N do Regimento Interno do STJ.

Tratando-se de procedimento de jurisdição contenciosa, a parte interessada deverá ser citada, assegurando-se as garantias do devido processo legal[24]. As alegações da defesa, todavia, ficam restritas à inteligência da decisão e ao atendimento dos requisitos para que o pronunciamento judicial estrangeiro produza efeitos no Brasil (Art. 36 do CPC/2015 e Art. 216-H do Regimento Interno do STJ), não podendo adentrar na revisão do *mérito* da questão[25].

Havendo urgência, é possível a *execução de decisão interlocutória* estrangeira via carta rogatória (Art. 960, §1° do CPC/2015), ainda que concedida sem audiência do requerido, desde que seja garantido o contraditório em momento posterior, cabendo unicamente à autoridade judicial da jurisdição prolatora da decisão estrangeira o juízo acerca da urgência. Uma vez concedido o *exequatur*, a decisão interlocutória passa a ser *título executivo judicial* (art. 515, IX do CPC/2015). Logo, a rogatória, no Brasil, é instrumento voltado à execução decisões interlocutórias e ao cumprimento de atos processuais não decisórios.

Demais disso, não há óbice para a concessão da tutela de urgência dentro do próprio procedimento de homologação de sentença estrangeira (Art. 961, § 3° do CPC/2015 e Art. 216-G do Regimento Interno do STJ). Por meio de uma interpretação harmoniosa e sistémica, conclui-se ser possível também, em tese, a concessão de tutela provisória da evidência, nada obstante a previsão não conste na literalidade do artigo 961.

As *cartas rogatórias* (*litterae requisitoriales* ou simplesmente rogatória) são formas de comunicação entre juízos de nacionalidades distintas, tendo como finalidade o cumprimento/execução de atos ou diligências processuais no exterior. Conforme esclarece o Código de Processo Civil (art. 237, II) será expedida carta rogatória para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a *processo em curso* perante órgão jurisdicional brasileiro.

24. Nesse sentido: STJ. AgRg. Na CARTA ROGATÓRIA Nº 8.277.

25. "Não sendo hipótese de ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou de inobservância aos requisitos da Resolução n. 9/2005, cabe apenas a este e. Superior Tribunal de Justiça emitir juízo meramente delibatório acerca da concessão do *exequatur* nas cartas rogatórias, sendo **competência da Justiça rogante a análise de eventuais alegações relacionadas ao mérito da causa**" (AgRg na CR 8277 / EX; Corte Especial; DJe 29/05/2014).

Podem ter por objeto *atos decisórios ou não decisórios* (art. 216-O do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça), como as citações, intimações e notificações. Destarte, a doutrina, diante do regimento e do disposto na Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias de 1975 e seu Protocolo Adicional de 1979, defende que não serão cumpridas as cartas rogatórias que impliquem *ato executório*. "Como atos executórios podem ser apontados o arresto, o sequestro, a penhora e a transferência de títulos ou de bens, em virtude de partilha ou de outros motivos. Atos como interrogatórios, porém, não são considerados executórios"[26]. Atos e decisões que dependam da homologação da sentença que os determina também não serão objeto de execução. Vale observar, todavia, que o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile, prevê que o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais solicitado pelas autoridades jurisdicionais poderá tramitar-se por via de cartas rogatórias (Art. 19).

Caso o pedido de cooperação jurídica internacional tenha por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por *auxílio direto*.

As rogatórias podem ser ativas (feitas por tribunal brasileiro buscando cooperação de autoridade estrangeira) ou passivas (confeccionadas por tribunal estrangeiro, visando a execução pelo Poder Judiciário brasileiro).

Nas ativas, *(a)* havendo tratado, a autoridade judiciária brasileira interessada encaminhará o pedido à Autoridade Central brasileira. Esta, por sua vez, procede ao envio à Autoridade Central do Estado solicitado. Devolvida a carta (cumprida ou não), a Autoridade Central brasileira a recebe e a dirige à autoridade judiciária. *(b)* Não havendo tratado, a solicitação é encaminhada através do Ministério das Relações Exteriores, que remete, por via diplomática, ao Estado solicitado. Após, a carta (cumprida ou não), devolvida ao Ministério das Relações Exteriores, é enviada à autoridade judiciária requerente.

Nas passivas, de forma similar ao que ocorre nas rogatórias ativas: *(a)* havendo tratado, a solicitação é recebida pela Autoridade Central brasileira, que, após análise, encaminha ao Superior Tribunal de Justiça para concessão do *exequatur* em processo de delibação. Após a execução pela Justiça Federal de 1° grau, a carta retorna ao Tribunal, que encaminha à Autoridade Central brasileira, a qual, por sua vez, envia para a Autoridade estrangeira requerente. *(b)* Não havendo tratado, a carta é recebida pelo Ministério das Relações Exteriores (via diplomática), que a encaminha ao STJ para concessão do *exequatur* em processo de delibação. Após a execução pela Justiça Federal de 1° grau, a carta retorna à Corte, que a encaminha ao Ministério das Relações Exteriores, para que seja enviada ao Estado requerente.

26. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 715.

Assim, "a autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pele lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências" (Art. 12, §2° da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

São requisitos essenciais da carta rogatória: a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; o encerramento com a assinatura do juiz (art. 260 do CPC/2015).

Enquanto as cartas rogatórias servem às decisões não dotadas de caráter definitivo, a *homologação de sentença estrangeira*, conforme se dessume da própria designação, decorre da definitividade da decisão a que se pretende gerar efeitos (Art. 961, §1° do CPC/2015).

Conforme a literalidade do artigo 960 do Código, a homologação de decisão estrangeira será requerida por *ação de homologação de decisão estrangeira*, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado.

A parte final do dispositivo permitiu a adoção de entendimento por parte da doutrina no sentido de que uma sentença estrangeira pode ter eficácia no Brasil independente de homologação, desde que a *ação* seja dispensada por tratado (Art. 960) ou pela própria lei nacional[27], a exemplo do que ocorre com a sentença estrangeira de divórcio consensual, a qual produz efeitos no Brasil independe de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (Art. 961, §5°). No mesmo sentido, dispôs o artigo 962, §4°: Quando dispensada a homologação para que a sentença estrangeira produza efeitos no Brasil, a decisão concessiva de medida de urgência dependerá, para produzir efeitos, de ter sua validade expressamente reconhecida pelo juiz competente para dar-lhe cumprimento, dispensada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

Promulgado antes do advento do novo CPC, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional entre os países membros do Mercosul já previa que o reconhecimento e a execução de sentenças e de laudos arbitrais solicitados pelas autoridades jurisdicionais poderá ser tramitado por via de cartas rogatórias e transmitir-se por intermédio da Autoridade Central, ou por via diplomática ou consular, em conformidade com o direito interno, podendo a parte interessada tramitar diretamente o pedido de reconhecimento ou execução de sentença (Art. 19), dispensando, portanto, a homologação. É dizer que, ao lado do procedimento tradicional de homologação, existe outro mais moderno, via carta rogatória, para os países do Mercosul (que aderiram ao Protocolo) e associados (que aderiram ao Acordo), para conferir executividade às sentenças estrangeiras.

27. Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1554.

É possível a homologação de *sentença penal* para surtir efeitos civis, como a reparação do dano e a restituição, conforme previsão expressa no artigo 790 do Código de Processo Penal. Demais disso, dispõe o Código Penal brasileiro que a sentença (penal) estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança (Art. 9º).

A homologação da sentença estrangeira poderá ser parcial (Art. 961, § 2º do CPC/2015). Disposição similar já constava no regimento interno do STJ (art. 216-A), havendo também, previsão no Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile.

Questão também interessante se refere à não *exigência de reciprocidade*. Regra geral, a cooperação jurídica internacional regula-se por meio de tratado e, na sua ausência, por reciprocidade manifestada pela via diplomática (Art. 26, §1º do CPC/2015). No caso da homologação de sentenças estrangeiras, modalidade de cooperação, todavia, não se exigirá a reciprocidade (art. 26, §2º do CPC/2015).

Na homologação de sentença estrangeira segue-se o método da *delibação*, segundo o qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça analisar o mérito da causa, mas apenas verificar se a decisão alienígena se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro[28]. Demais disso, o processo de homologação perante o STJ não se presta a avaliar o eventual cumprimento, ou não, do mandamento disposto na sentença[29].

Constituem requisitos indispensáveis à homologação: ser proferida por autoridade competente e ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia, nos termos das regras processuais do país de origem; ser eficaz no país em que foi proferida; não ofender a coisa julgada brasileira; estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; não conter manifesta ofensa à ordem pública (Art. 963 do CPC/2015, Art. 15 da LINDB e Art. 216-D do Regimento Interno do STJ).

Com efeito, a jurisprudência do STJ já dispunha ser inviável a homologação de sentença estrangeira quando não comprovada a citação válida da parte requerida, seja no território do país prolator da decisão homologanda, seja no Brasil, mediante carta rogatória, quando o réu se encontrar em território nacional[30]. A alegação de ausência de comprovação de citação válida no processo

28. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. SEC 5828 / EX. j. 19/06/2013. DJe 26/06/2013; STJ. Corte Especial. AgRg na SEC 6948 / EX. j. 17/12/2012. DJe 01/02/2013.

29. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. SEC 6.577/EX. DJe 9.8.2012; STJ. Corte Especial. SEC 8882 21/05/2014; STJ. SEC 3.932-GB.

30. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. SEC 980-FR. DJ 16/10/2006; STJ. Corte Especial. SEC 1.483-LU. DJe 29/4/2010; STJ. Corte Especial. SEC 2.493-DE. DJe 25/6/2009. STJ. Corte Especial. SEC 10.154-EX, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 1º/7/2014.

estrangeiro, contudo, deve ser examinada *cum grano salis*, pois, por se tratar de instituto de direito processual, encontra-se inserida no âmbito da jurisdição e da soberania de cada país, circunstância que impõe a observância da legislação interna, não sendo possível impor as regras da legislação brasileira para ato praticado fora de seu limite territorial[31].

Enquanto o regimento interno do STJ e a LINDB exigem o *trânsito em julgado* para que a decisão possa ser homologada, tenha eficácia e seja executada no Brasil, o CPC/2015 exige apenas que seja eficaz no país em que foi proferida (Art. 963, III). Numa análise inicial, penso que deva prevalecer este último, pelos critérios da especialidade e cronológico.

Acerca do disposto no inciso IV do artigo 963 (não ofender a coisa julgada formada em território nacional), interessa observar *que a simples existência de processo idêntico em trâmite no estrangeiro não é óbice para a homologação*. Demais disso, a identidade se dá entre processos em curso em diferentes jurisdições, já que a homologação tem causa de pedir e pedido diferentes, motivo pelo qual a existência de um processo estrangeiro não impede que haja idêntico processo no Brasil.

Todavia, transitada em julgado a homologação da sentença estrangeira a ação nacional deve ser extinta, sem resolução do mérito, por superveniência de coisa julgada material (já que a decisão exterior passa ter eficácia no país). Lado outro, transitando em julgado a decisão brasileira, o Superior Tribunal de Justiça não poderá proceder à homologação, face à coisa julgada e, por conseguinte, em respeito à soberania nacional[32]. Em suma, tratando-se de competência internacional concorrente, prevista nos artigos 21 e 22 do CPC/2015[33], a tramitação de ação no Brasil que possua o mesmo objeto da sentença estrangeira homologanda não impede o processo de homologação. Terá validade o decisum que primeiro transitar em julgado[34].

Acerca da identidade processual, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional entre os Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile, dispõe que tratando-se de uma "sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido. Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um

31. STJ. Corte Especial. SEC 7171. j. 20/11/2013. DJe 02/12/2013.

32. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. AgRg na SE 9698 / EX. j. 17/12/2014. DJe 18/02/2015; STJ. Corte Especial. AgRg na SEC 6948 / EX. j. 17/12/2012. DJe 01/02/2013.

33. Importa observar, como já anotado acima, que sendo hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, prevista no artigo 23 do CPC/2015, não será homologada ou concedido *exequatur* à decisão, nos termos do artigo 964 do Código de Processo Civil. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. SEC 7171. j. 20/11/2013. DJe 02/12/2013.

34. Nesse sentido: STJ. Corte Especial. SEC 9714 / EX. j. 21/05/2014. DJe 27/05/2014.

procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento" (Art. 22).

Em outros termos e tomando-se como exemplo situação no qual o Brasil é o Estado requerido, a homologação ou execução de sentença ou laudo arbitral não poderá ser realizada quando: *(a)* for incompatível com decisão anterior ou simultânea proferida no Brasil (envolvendo identidade processual – as mesmas partes, sobre o mesmo objeto e fundamentos); *(b)* ou se as mesmas partes houverem iniciado processo, sobre o mesmo objeto e fundamento, perante a jurisdição brasileira, e pretendam homologar a sentença de um processo iniciado depois disso em outro Estado.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal*, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009*. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996*. Promulga o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D2067.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Decreto nº 6.679, de 08 de dezembro de 2008*. Promulga o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6679.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Decreto nº 6.086, de 19 de abril de 2007*. Promulga o Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do Mercosul, assinado em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6086.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Decreto nº 8.660, de 29 de janeiro de 2016*. Promulga a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8660.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

______. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 jun. 2016.

______. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 2016*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

______. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2016.

______. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

______. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968*. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

______. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica e recuperação de ativos*. 3. ed. Brasília, Ministério da Justiça, 2012.

BASTOS, Fabrício; FLEXA, Alexandre; BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil: temas inéditos, mudanças e supressões*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos*, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005*. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STJ/Resol/9_05.html>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno*. Edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 22, de 16 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento>. Acesso em: 27 jun. 2016.

GONÇALVES, Maria Beatriz Ribeiro. *Direito internacional público e privado*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado artigo por artigo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPÍTULO V
DA COMPETÊNCIA

COMPETÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Roberto Sotero de Mello Porto

1. A COMPETÊNCIA E O PROCESSO CIVIL: BREVES NOÇÕES GERAIS

1.1. Conceito e fundamentos

Antes de adentrarmos o ponto central deste capítulo, é imperioso retomar a própria *noção de competência* trazida pela doutrina processualista.

A Justiça (conceito amplo, aqui utilizado para abranger não só o Judiciário, mas todos os demais atores do sistema – onde, evidentemente, ganha cada dia maior protagonismo a Defensoria Pública) deve ser vista, mais modernamente, como um serviço público. Tal concepção, não à toa, foi consagrada nas 100 Regras de Brasília[1], documento internacional assinado por representantes de todos os órgãos responsáveis pela sua decente prestação.

É, dentro dessa perspectiva da eficiência, visando a melhor organização do serviço, que aparecem as regras de competência.

Sabidamente, a Jurisdição é una e qualquer magistrado regularmente investido na função jurisdicional (Princípio da Investidura), quando a exerce, o

1. Veja-se, como demonstração da visão exposta pelo documento, a sua regra 1ª: "Seção 1a.- Finalidade (1) As presentes Regras têm como objetivo garantir as condições de acesso efetivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação alguma, englobando o conjunto de políticas, medidas, facilidades e apoios que *permitam que as referidas pessoas usufruam do pleno gozo dos serviços do sistema judicial*". Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>.

faz legitimamente, refletindo o poder estatal. É o que se chama de *Princípio da Unidade da Jurisdição*: a atividade do Estado de aplicar o direito ao caso concreto é uma, não se divide.

Nem por isso, contudo, *qualquer* juiz age legitimamente ao prolatar *qualquer* decisão, conquanto seja dotado do poder jurisdicional quando o faça. Exemplo: um juiz cível pode prolatar uma sentença criminal, e esta existirá, embora seja nula, possivelmente gerando efeitos práticos até que o interessado suscite tal vício. O que delimita a validade da prestação jurisdicional, dividindo-a entre os diversos juízos existentes no território nacional, é, portanto, a competência.

Nesse sentido, entendo correto considerar a competência como o exercício legítimo do poder jurisdicional, delimitado por regras objetivamente fixadas (em geral, por lei[2]). Assim, discordo de parte da doutrina que, visando ser didática, acaba por ser imprecisa, ao afirmar que a competência seria a "parcela da jurisdição"[3], ou a porção da jurisdição entregue ao magistrado[4]. Afinal, sua unidade permite apenas, quando muito[5], que se afirme que a competência é a *medida* da jurisdição[6], ou, ainda melhor, a medida *válida* do seu exercício.

Tal conceito parece resolver a questão suficientemente, de modo que podemos passar à lembrança dos *fundamentos da competência*. A questão está umbilicalmente ligada ao devido processo legal (art. 5°, LIV da CF), assim entendido o protoprincípio que alberga todas as demais garantias de índole processual, resguardando as regras do jogo, entre as quais, obviamente, quem deve dirigi-lo.

O pressuposto processual subjetivo ora analisado também se baseia no princípio constitucional do juiz natural (art. 5°, XXXVII), que, em uma de suas vertentes, proíbe os tribunais de exceção, enquanto, em outra, estabelece que as regras de determinação do juízo que conduzirá e julgará o feito serão previamente estabelecidas, em abstrato. Em outras palavras, é saber qual será o juiz competente para o julgamento.

2. Ver comentário abaixo, sobre o art. 44 do CPC.

3. "La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez" (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 29). No magistério de Liebman, "a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a 'medida da jurisdição' (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil,* trad. port., Forense, 1984, v. 1, n. 24, p. 55).

4. O próprio termo latim *competentia* significa proporção, podendo eventualmente ensejar a confusão.

5. Ronaldo Vasconcelos propõe, diante desse problema de cunho técnico nas expressões, um conceito *pragmático* de competência: "enquanto a jurisdição é a própria manifestação do poder e da soberania estatal, a competência diz respeito às atribuições conferidas pelo constituinte e pelo legislador ordinários aos órgãos jurisdicionais" (Competência: questões controvertidas à luz do Novo CPC. In: *Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar.* v. 2. Vários coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 443).

6. Como ensina o mestre Leonardo Greco, "é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz" (*Instituições de processo civil.* v. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 123). Na mesma linha, CINTRA, A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo.* 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 320.

Ainda no rol constitucional, a obrigação de ser o réu julgado pela autoridade competente (art. 5°, LIII), embora *prima facie* pensada para o processo penal, também ao seu homônimo civil se aplica, por refletir, em última análise, um valor moral extraído da própria concepção de justiça. Ou seja, o direito natural não autorizaria solução diversa.

Outrossim, no âmbito supralegal, onde, a título de exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica replica muitos dos valores já mencionados e acresce ideias novas Cite-se, para ilustrar, a recente empreitada para efetivar o direito à audiência de custódia, sempre diante de um juízo competente, para além da exigência para a pena de morte[7], para a privação da liberdade[8], da oitiva judicial[9] e do recurso de amparo (nosso mandado de segurança ou o habeas corpus)[10].

1.2. A competência e a Defensoria Pública: competência x atribuição

Para a atividade cotidiana da Defensoria Pública, a temática da competência implica, pelo menos, dois reflexos fundamentais. O primeiro é, a exemplo de qualquer advogado, a necessidade de bem conhecer as regras legais que determinam o juízo competente, de modo a poderem instaurar, especialmente os colegas que atuam em núcleos de primeiro atendimento, validamente a relação jurídico-processual – afinal, a competência é pressuposto processual de validade.

Além disso, existe um diálogo entre a competência e a *atribuição* para atendimento ou acompanhamento do feito, que merece ser melhor delineado.

7. "Artigo 4º - Direito à vida 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de *tribunal competente* e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente".

8. "Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um *juiz ou tribunal competente*, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa".

9. "Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

10. "Artigo 25 - Proteção judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os *juízes ou tribunais competentes*, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais".

Enquanto a competência é matéria externa à instituição, instituto de direito processual, determinada por leis gerais, a atribuição diz respeito à distribuição, administrativa (instituto de direito administrativo, ao menos no primeiro momento), logo *interna corporis*, do serviço demandado pela população beneficiária da assistência jurídica integral e gratuita pelos agentes públicos integrantes do seu quadro, sendo estabelecida por leis voltadas à Defensoria ou por atos normativos internos.

Ademais, a competência é matéria de interesse puramente processual, enquanto a atribuição transborda a barreira judiciária, revelando-se relevante também na atuação extrajudicial. Contudo, não se pode negar que a atribuição, ou a falta dela, gera efeitos na relação jurídica processual, sendo determinante para a sua validade. A análise se dará, por alguns, dentro do pressuposto processual da legitimidade *ad processum*[11], vez que macularia a representação da parte em juízo. Outros preferem classificar a categoria como um pressuposto processual de validez de instância, cujo descumprimento ensejará ato írrito[12].

Considero, porém, mais correto aferi-lo na própria capacidade postulatória funcional, que se limita pelas finalidades institucionais, mas também pela atribuição distribuída pela própria instituição. Afinal, a capacidade postulatória do defensor público é plena, a partir da sua nomeação e posse no cargo, independendo até mesmo de inscrição no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme artigo 4°, § 6° da LC 80/94[13]. O que sucede, diante da atuação que respeita os limites da sua atribuição, é a verificação do seu válido exercício. Na realidade, o raciocínio é bastante análogo ao mencionado *supra*, quando se fazia a relação entre jurisdição (una, todo juiz possui) e competência (o válido exercício daquela).

Quanto à atuação extrajudicial do defensor público, seja antecedente a uma demanda ou por mera consultoria, a atribuição se mostrará, na mesma, requisito para a validade do ato, conquanto seja dispensável, nesta hipótese, se imiscuir na discussão quanto às categorias acima, eis que estas são eminentemente processuais.

11. Posição sustentada por Franklyn Roger e Diogo Esteves (*Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense. 2014, p. 701). De todo modo, é inegável que a sua opinião sobre a possibilidade de convalidação do ato praticado pelo defensor natural merece aplausos, sobretudo quando diante de uma situação onde o direito material – fim último da prestação jurisdicional – estiver severamente ameaçado e demandar pronta solução. Imaginar diversamente seria o mesmo que homenagear a antiga ideia de que o processualista, por seu rigor formal cego, morre de fome, mas não come carne com talher de peixe.
12. É a lição de HAMILTON, Sergio Demoro. *A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional*. In: Revista do Ministério Público. n. 14. 2011. p. 201.
13. Providencial a expressão "exclusivamente", conforme adição vinda por meio da LC 132/09: "§ 6º A capacidade postulatória do Defensor Público *decorre exclusivamente* de sua nomeação e posse no cargo público".

De resto, não há como desvincular a discussão do princípio do defensor natural, corolário da independência funcional[14], na medida em que a garantia da liberdade de atuação dialoga com o pressuposto de o agente político em palco seja aquele determinado em abstrato[15]. Trata-se, como se sabe, de importação dos valores tutelados pela garantia do juiz natural, por meio da Constituição Federal, para a Defensoria Pública, enquanto instituição constitucional permanente que é[16].

2. VISÃO PANORÂMICA DA COMPETÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nestes momentos de contato inicial com a nova sistemática, é extremamente válido nos aproximarmos do código com a curiosidade de quem quer conhecê-lo, ou até reconhecê-lo – tendo em vista que as inovações não foram assim tão radicais. Com o tema da competência, ocorreu o mesmo: algumas mudanças pontuais, como veremos logo mais, mas nenhuma revolução (até porque não haveria motivo para tanto).

De todo modo, é importante desenhar um panorama topográfico dos dispositivos legais que abordam a questão. No código ora em vigor, o livro II trata da função jurisdicional (é esse, inclusive, seu nome), estando no seu título III a competência interna, subdividida, por sua vez, em dois capítulos: o primeiro dedicado à competência (artigos 42 a 66); o segundo, à cooperação nacional (uma aparente novidade, que inclui os artigos 67, 68 e 69).

14. Fazendo o referido *link*, em sede do Ministério Público: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal - Promotor Natural - Atribuição e Conflito com Base na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 65.
15. "Num primeiro plano, o princípio sedimenta a impessoalidade do serviço jurídico-assistencial público, vedando a prática de condutas discriminatórias em relação aos assistidos – sejam benéficas ou detrimentosas. Dessa forma, a norma protege os destinatários da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, reconhecendo-lhes o direito de serem patrocinados apenas pelo Defensor Público com atribuição legal para atuar no caso, sem qualquer espécie de favoritismos ou perseguições.
Em segundo plano, o princípio assegura que o membro da Defensoria Pública não será arbitrariamente removido do exercício de suas funções institucionais. Com isso, a norma protege o Defensor Público contra eventuais ingerências políticas que possam maliciosamente tencionar seu afastamento compulsório do órgão, como forma de retaliação ou para obstaculizar o trabalho desenvolvido na defesa dos menos favorecidos" (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 513).
16. "Extrai-se a conclusão de que não pode haver defensor público de exceção, ou seja, a assistência jurídica deve ser prestada pelo defensor público que tiver atribuição, de acordo com as regras internas previamente estabelecidas de divisão de trabalho entre os órgãos de atuação e execução" (MENEZES, Felipe Caldas. A reforma da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública: disposições gerais e específicas relativas à organização da Defensoria Pública da União. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (org.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 161).

Numa primeira olhada, nos deteremos nas disposições gerais acerca do tema, localizada na primeira parte do capítulo I ("Da competência").

2.1. As disposições verdadeiramente gerais (Seção I: artigos 42 a 45)

Mesmo dentro da seção I, que enuncia tratar das regras genéricas sobre a competência, é possível realizar, doutrinariamente, uma diferenciação entre as normas *verdadeiramente* gerais e normas *relativamente* gerais (porque somente o são em comparação com as duas seções subsequentes, que tratam da modificação da competência e da incompetência).

As quatro primeiras disposições da lei efetivamente trazem tratamento atinente a quaisquer hipóteses de competência, não determinando, ainda, quais são os juízos competentes, o que será feito posteriormente.

Inaugurando o tema, o **artigo 42** aduz que "as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o *direito* de instituir juízo arbitral, *na forma da lei*". É um comando que praticamente reproduz seu antecessor, o falecido artigo 86 do CPC/73. De mais relevante, apenas o tratamento da arbitragem como um direito, e não mera faculdade das partes (o que, pragmaticamente, não diz muito), ressaltando a necessidade de observar-se as disposições legais quanto à instituição da referida forma alternativa de resolução de conflitos[17].

O **artigo 43**, por sua vez, traz à baila o *Princípio da Perpetuatio Jurisdictionis*, um antigo conhecido, anteriormente domiciliado no artigo 87 do CPC/73. Duas são as novidades: a primeira, o momento determinante do juízo competente; a segunda, a mudança redacional de "competência em razão da matéria ou da hierarquia" para "competência *absoluta*".

Quanto àquela, substituiu-se o momento da propositura da ação pelo do registro (caso de vara única) ou da distribuição (hipótese de mais de um juízo abstratamente competente para a matéria, naquele foro) da petição inicial. Adequou-se, segundo o Parecer Final do Senado Federal[18], a proposta da Câmara (que mantinha como termo a propositura da demanda) para a que restou sancionada, com o intuito de unificar, supostamente, o tema com o artigo 59 do código, incorrendo, porém, em erro, vez que esse trata da prevenção, enquanto a correta relação seria com o artigo 312, o qual debruça-se sobre a propositura[19], esclarecendo como seu tempo o do protocolo.

17. É a Lei 9.307/1996, recentemente atualizada pela Lei 13.129/2015, que rege a questão.
18. Tópico 2.3.2.17 do Parecer Final 956 do Senado Federal.
19. A correlação foi muito bem notada, e criticada, pelo mestre Daniel Assumpção: "A modificação, portanto, deve ser criticada tanto quanto sua explicação. No art. 312 do Novo CPC, está previsto que a propositura da ação se dá com seu protocolo, em nada se referindo ao seu registro ou distribuição. Pela redação consagrada no texto legal, certamente haverá a dúvida a respeito da mudança de fato ou de direito ocorrida entre o protocolo e o registro e a distribuição. Numa co-

Por outro lado, a modificação da redação para "competência absoluta" merece aplausos, na medida em que adequa a lei à doutrina, que já sustentava que também a outra hipótese de competência absoluta, a funcional, justificaria a alteração superveniente do juízo que deveria processar e decidir o feito.

Na verdade, o Código de 2015 adota como postura a divisão expressa entre a competência absoluta e a competência relativa[20] – é o que se extrai também da escrita do artigo 54, por exemplo, que não mais fala em "competência em razão do valor ou do território", mas em "competência relativa". É uma singela facilitação na leitura, simplificando a compreensão do regramento.

O princípio ora analisado continua a garantir estabilidade e segurança jurídica para a relação jurídica processual, admitindo a modificação de competência apenas quando sobrevierem supressão do órgão até então processante ou alteração de competência absoluta. Vale lembrar que, como uma aparente terceira hipótese, o Superior Tribunal de Justiça já estendeu o rol de exceções para abarcar o caso de criação de foro superveniente, onde não havia[21].

Como última observação acerca da questão, interessante notar que o que se perpetua, pelo princípio, não é a jurisdição, que, como dito, é una, mas sim a competência. Mais correto, pois, seria apelidá-lo de *Perpetuatio Competentiae22.*

O dispositivo seguinte, **artigo 44**, traz as fontes normativas da competência, elencando as seguintes: Constituição Federal, o próprio Código de Processo Civil, a legislação especial, as normas de organização judiciária e as constituições dos Estados[23].

Parcela da doutrina rapidamente sentenciou que o comando não estabelece uma ordem de prevalência[24]. Acredito que esse entendimento apenas se

marca de vara única, por exemplo, pode-se imaginar que a petição inicial só venha a ser registrada alguns dias após seu protocolo. Nesse caso, uma mudança de domicílio do réu depois da propositura, mas antes do registro, leva à mudança de competência?" (*Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 69).

20. Concordo com a maior parcela da doutrina, ao aceitar a dicotomia *competência* absoluta e *competência relativa*, embora não seja possível negar que a advertência de Alexandre Câmara, ao batizá-las de *incompetência* absoluta e *incompetência* relativa, guarde até mesmo maior zelo técnico (*Lições de direito processual civil.* v. 1. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 112).
21. Ocorreu no Resp 617.317/MT, quando se entendeu que a criação de nova comarca, teoricamente relevante apenas para fins de competência relativa, justificaria, por razões de ordem pública, o deslocamento, excepcionando o princípio em tela.
22. É como trata, por exemplo, Gian Marco Baccari (BACCARI, Gian Marco. *Trattato di procedura penale.* v. II. Milão: Giuffrè Editore. 2011. p. 116).
23. Dissertando sobre o tema, ainda sob a égide do código passado, é sempre preciosa a lição de Athos Gusmão Carneiro: "A competência fixada na Constituição apresenta-se exaustiva e taxativa: dispositivo algum de lei, ordinária ou complementar (salvante, evidentemente, emenda à própria Constituição), poderá *reduzir* ou *ampliar* tal competência" (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência.* 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 75).
24. Enunciado 236 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O art. 44 não estabelece uma ordem de prevalência, mas apena elenca as fontes normativas sobre competência, devendo ser observado o art. 125, §1°, da Constituição Federal".

sustentaria se quisesse dizer ordem de preferência, quando complementáveis as normas (exemplo: o código de organização judiciária em regra completa a legislação, a qual, por sua vez, preenche espaço deixado pela Constituição). Ocorre que, mesmo assim, é inegável haver uma hierarquia normativa entre as espécies, e uma hierarquia é, essencialmente, uma ordem[25].

Essa inafastável realidade embasa, por exemplo, a crítica no sentido de que a fixação de competência absoluta por força de norma de organização judiciária viola primeiramente a Constituição e, depois, o regramento do CPC, que expressamente atribui à competência territorial caráter relativo. De fato, a carta constitucional restringe à União a atribuição de legislar sobre matéria processual, privativamente (artigo 22, inciso I), não havendo espaço para os Estados contrariarem suas disposições, mas apenas exercer, na medida permitida, a organização do Judiciário, administrativamente, mas jamais interferindo no pressuposto processual debatido[26].

É fundamental, nesse ponto, ter em mente o *iter* de determinação da competência. Em linhas gerais, podemos desenvolver três etapas fundamentais: a determinação da Justiça competente, a do foro competente e a do juízo competente, sendo certo que cada uma está restrita ao que foi delineado na etapa anterior.

A *Justiça competente* determina-se com olhar na Constituição Federal: é ela que decide se um feito será julgado pela Justiça Eleitoral, do Trabalho ou Comum, e, dentro dessa última, se na Justiça Federal ou, residualmente, na Estadual.

Passo seguinte é encontrar o *foro competente*, isto é, a circunscrição territorial na qual deve tramitar o processo. É aqui que se inserem as normas do Código de Processo Civil, que, via de regra[27], determinam competência territorial

25. O dicionário Michaelis Online assim define a palavra: "*sf. (Gr hierárkhios + ia)*: 1. Ordem, graduação, categoria existente numa corporação qualquer, nas forças armadas, nas classes sociais". Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=hierarquia>. Acesso em 30 jun. 2016.

26. Afigura-se algo absurda, portanto, a disposição do artigo 94 §7º do Código de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o qual atribui às varas regionais competência absoluta, supostamente pelo critério funcional-territorial. Leonardo Greco, por exemplo, é áspero ao criticar tal previsão estadual: "É uma ilegalidade que a justiça do Rio de Janeiro comete em benefício da sua própria comodidade, esquecendo-se de que as regras de competência territorial não são estabelecidas apenas para racionalizar a administração do Poder Judiciário, mas primordialmente para facilitar o acesso à justiça" (*Op. cit.*, p. 140).

27. Digo "via de regra" porque, segundo parte da doutrina (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 187) deve-se falar em competência funcional em alguns casos, nos quais, ante a relevância do direito discutido, tal foro será competente, sempre de forma absoluta. Outra parcela advoga que, mesmo nesses casos, tratar-se-ia de competência territorial, porém excepcionalmente absoluta (THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 47. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, v. 1. p. 162). Na prática, a distinção não gerará maiores reflexos. Como exemplo de determinações inseridas nessa polêmica, temos o artigo 47, voltado às ações reais imobiliárias.

(*ratione loci*), além de regramento genérico sobre a competência (sua modificação, alegação de vícios a ela relacionados etc.).

A seguir, vislumbra-se a existência de *juízo competente*, onde se buscará verificar se há tal ou qual vara específica ou não, mas sempre dentro daquele foro. Se não existir vara de família em tal comarca, por exemplo, é possível que se ajuíze a ação na vara cível ou, em sendo caso, na vara única, a depender, aqui, das normas de organização do Judiciário[28].

A última norma genérica sobre competência, nesta primeira seção, é o **artigo 45**, que trata da intervenção de ente federal (especificamente, "a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional"), sempre na qualidade de parte ou de terceiro interveniente.

A previsão se justifica, hierarquicamente (para garantir reflexo prático ao debate acima), no artigo 109, inciso I da Constituição Federal, que delineia a competência absoluta da justiça federal em razão da pessoa. Imperioso, pois, relacionar os dois dispositivos, o que gera algumas incompatibilidades aparentes.

A primeira delas é a dicotomia entre os sujeitos: o rol constitucional é flagrantemente mais exíguo, mencionando apenas a União, as autarquias e as empresas públicas federais. Nada diz a respeito das fundações e dos conselhos de fiscalização de atividade profissional, o que, *ab initio*, leva alguns a sustentar a necessidade de se considerar como não escritos essas duas previsões do novo código, por ser inócua ou inválida a menção[29]. Com razão, impõe-se uma in-

28. "Há que distinguir a competência do foro da competência do juiz. Foro é o local onde o juiz exerce as suas funções. Mas no mesmo local podem funcionar vários juízes com atribuições iguais ou diversas, conforme a Organização Judiciárias. Se tal ocorrer, há que se determinar, para uma mesma causa, primeiro qual o foro competente e, depois, qual o juiz competente. Foro competente, portanto, vem a ser a circunscrição territorial (seção judiciária ou comarca) onde determinada causa deve ser proposta. E juiz competente é aquele, entre os vários existentes na mesma circunscrição, que deve tomar conhecimento da causa, para processá-la e julgá-la"(THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* v. 1. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 179).

29. A reflexão é de Salomão Viana: "Definitivamente, o acréscimo é resultado de uma má opção. É que somente três raciocínios podem ser feitos: (i) ou o legislador reconhece que as 'fundações, ou conselhos de fiscalização de atividade profissional' a que ele se refere são os que o sistema jurídico equipara a entidades autárquicas federais, o que torna completamente despicienda a referência específica a tais entes; (ii) ou o legislador está se referindo a 'fundações, ou conselho de fiscalização' sem natureza autárquica, por entender que, no particular, a Justiça Federal estaria exercitando uma competência implícita (*implied Power*), o que não é verdade, já que o caso não é de vácuo normativo no que toca à competência; (iii) ou, ainda, ao aludir a 'fundações ou conselhos de fiscalização de atividade profissional', a intenção do legislador foi a de ampliar a competência da Justiça Federal, que está constitucionalmente limitada, com o que teria ele desbordado, de forma primitiva e, por isto mesmo, reprovável, os lindes constitucionais da sua atuação, em franca violação ao princípio da tipicidade, que subordina as regras de distribuição da competência e integra o conteúdo do princípio do juiz natural. Assim, qualquer que seja o raciocínio, por ser inócuo ou por ser válido, deve-se considerar cláusula não escrita o excerto 'fundações, ou conselhos de fiscalização de atividade profissional'" (Comentário ao artigo 45 do código de processo civil. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil.* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 162).

terpretação conforme a Constituição, para evitar a expansão da competência taxativamente constitucional, e apenas a intervenção das fundações autárquicas implicará em deslocamento da competência para uma vara federal. Não à toa, aliás, a jurisprudência é bastante restritiva ao analisar o rol, dele afastando as sociedades de economia mista[30].

Avançando, cabe indagar que tipo de intervenção efetivamente autoriza a incidência do comando. Aqui, há que se fazer uma distinção entre a análise formal e material.

Formalmente, o artigo 109, inciso I, da CF apenas prevê competência da Justiça Federal em casos de figurarem os sujeitos elencados como autores, réus (portanto, "partes" no conceito restritivo, até aí perfeitamente de acordo com o código), assistentes ou opoentes, enquanto o CPC/15 fala, amplamente, em "intervenientes". Não restam dúvidas de que a lei foi além da Constituição, ao menos numa comparação textual.

Sob a ótica da hierarquia normativa, a autorização constitucional não poderia, também aqui, ser alargada por força de lei ordinária. A solução primária seria, pois, realizar nova interpretação conforme, de modo a compreender "intervenientes" apenas como "assistentes ou opoentes", até porque, ainda que lancemos mão de uma análise histórica, já à época do desenho constituinte existiam as demais espécies de intervenção de terceiros na legislação processual, e foi feita opção expressa.

Há, porém, uma forma de "salvar" o dispositivo: inquirir qual o papel que o sujeito processual entrante ocupa. Por exemplo: na oposição, em última análise, o interveniente é autor na demanda superveniente, de modo que não existiria qualquer problema na sua previsão apenas em sede infraconstitucional (embora, *in casu*, seja expresso na *Carta Magna*). Quanto à assistência, não aparece qualquer empecilho, vez que também ela está estampada no artigo 109, inciso I, sendo válida a ressalva somente quanto à intervenção anódina ou anômala do artigo 5° da Lei 9.469/97[31].

O caso se dificulta, portanto, quando o papel ocupado for o de *nomeado à autoria*, espécie de intervenção de terceiros que não tem mais tratamento individualizado expresso, com esse *nomen iuris*, no novel código. Temos, porém, autêntico falso problema: o CPC/15 evolui no tema e, agora, dispensa a dupla-concordância (do autor e do réu originário) para que suceda a modificação no polo passivo da demanda. O meio passa a ser a alegação de ilegitimidade passiva, em preliminar de contestação. Ontologicamente, portanto, não existe aqui

30. Súmula 556 do STF: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

31. No caso, ocorre apenas interesse econômico do ente federal na demanda, e não jurídico, mantendo-se, ao menos em primeiro grau, o feito na Justiça Estadual. Esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Resp 574.697/RS). A natureza jurídica da presença é confusa na doutrina: alguns consideram-na como *amicus curiae* (BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 214), outros, com maior razão, como assistente anômalo (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.* p. 71).

hipótese de intervenção de terceiros que transborda o rol constitucional, mas mera correção, em homenagem à economia processual micro e macroscópica, de um dos polos da demanda, o que, acaso insira um ente federal na relação, acarretará a migração do feito para a Justiça Federal[32].

Raciocínio próximo ocorre no tocante à *denunciação da lide* onde, como é sabido, forma-se uma ação secundário, regressiva, já corrente enquanto se desenrola o processo principal. Também aqui, o interveniente ocupará posição de réu, não parecendo razoável concluir que o texto da Constituição Federal seja apto a impedir o deslocamento previsto no artigo 45, sob o argumento da inconstitucionalidade parcial da expressão "terceiros intervenientes". Afinal, o denunciado terá "qualidade de parte".

Outrossim, decorre com o *chamamento ao processo*, instituto desenhado para rechear o polo passivo da demanda, somando um novo réu.

Problemático, destarte, apenas a "nova" figura de intervenção de terceiros, o *amicus curiae*, o qual, pelo artigo 138, passa a receber uma cláusula genérica de possibilidade de manifestação. O legislador, nesse ponto, optou por contrariar expressamente o entendimento consagrado no Supremo Tribunal Federal no sentido de não ser o *amicus curiae* um terceiro interveniente, mas mero "auxiliar eventual do juízo" (uma verdadeira espécie *suis generis* que, em termos práticos, não teria legitimidade para recorrer, preocupação primordial da jurisprudência defensiva)[33].

Não se pode negar, contudo, que, na essência, o *amicus* não integrará a relação jurídico processual titularizando direitos próprios, ao menos diretamente. É dizer: remeter o feito à Justiça Federal por mera intervenção de um desses sujeitos para colaborar com a compreensão jurisdicional acerca de certo tema geraria verdadeira balbúrdia processual, não contemplando, realisticamente, qualquer vantagem para a Administração Pública Federal *lato sensu*.

Não é outra, de resto, a intenção da Lei ao esclarecer, no parágrafo 1° do artigo 138 que o aparecimento da figura no processo não acarretará alteração de competência. Delineia-se, é bem verdade, um instituto bem particular, que, no rigor da técnica, não é intervenção de terceiros, embora elencado como tal *ex lege*. Mas, também é inegável, o código garante-lhe um delineio de funções bem coeso, afastando, claramente, a modificação do juízo no qual tramita a ação.

Excepcionando o regramento da alteração de competência, tem-se que o artigo 45, ora comentado, não se aplica em alguns casos. Novamente, a ressalva já tinha morada constitucional e foi aparentemente ampliada no novo código. A contradição, nesse ponto, felizmente, não é insuperável: apenas houve

32. A ampla aplicabilidade da nova dinâmica é reconhecida no enunciado 42 do FPPC: "O dispositivo aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo".

33. Por todos, conferir a ADI-ED 3.615/PB

esmiuçamento daquilo que o constituinte chamou de "causas de falência", especificado pela lei processual como "recuperação judicial, falência, insolvência civil".

Prosseguindo a análise do comando em estudo, cumpre destacar que os parágrafos 1° e 2° explicitam situação prática, consistente na existência de mais de um pedido naquela lide originária na qual intervirá o ente federal, sendo que um ou mais desses pedidos deve ser decidido pela Justiça Estadual. A incompatibilidade de cumulação dos pleitos, em razão das diferentes competências absolutas, impedirá, logicamente, que um dos juízos – federal ou estadual – decida toda a matéria, ante a causa superveniente de modificação de competência que é a intervenção. É, em síntese, essa a constatação que o código faz.

A regra, então, é insuficiente, porque não dá a solução procedimental para o problema. Alguns entendem que será caso de desmembramento, por analogia ao artigo 133, § 1° (que trata do litisconsórcio multitudinário), permanecendo o feito na Justiça Estadual, quanto àqueles pedidos de sua competência, e enviando-se cópias para a Justiça Federal, para os demais requerimentos exordiais[34]. Crucial é perceber que é possível que ocorra, com a chegada do ente federal, uma cisão de competência, ainda que haja cumulação de pedidos sucessiva, onde um deles dependerá da decisão sobre o outro. Assim sendo, a cada juízo (estadual/federal) caberá dar a resposta jurisdicional sobre o pleito de sua alçada, e, encerrado o processo de conhecimento em ambos, ter-se-á a solução definitiva da lide – complexa, porém correta sob o aspecto da validade.

Encerrando o artigo 45, seu parágrafo 3° positivou entendimento anteriormente sumulado do Superior Tribunal de Justiça (enunciado 150 da sua súmula[35]), escancarando que a competência para decidir sobre a intervenção ou não do sujeito federal é já da Justiça Federal, não cabendo ao juiz de direito postura diversa da imediata remessa do feito para seu homônimo federal.

2.2. As disposições gerais específicas (artigos 46-53)

Encerrados os três primeiros dispositivos, passa o Código a elencar diversos foros competentes, enunciando competências territoriais, em regra.

O **artigo 46** repete o artigo 94 do CPC/73, estabelecendo o foro do domicílio do réu como a regra geral de competência (ações versando sobre *direito pessoal ou direito real sobre bens móveis*), repetindo, ainda, os parágrafos de seu antecessor, para os casos de pluralidade de domicílios. A única novidade fica por conta do novo § 5°, no caso de *execução fiscal*, estabelecendo foros múltiplos: além do domicílio, o da residência ou onde for encontrado.

34. CRAMER, Ronaldo. Comentário ao artigo 45. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 109.

35. "Súmula 150: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas".

Cabe, aqui, um questionamento: tais opções constituiriam foros concorrentes eletivamente ou sucessivamente[36]? É dizer: qualquer um é competente, a critério do autor, ou trata-se de caminhos abertos apenas quando o anterior não for possível? Embora parcela dos autores venha encarando o rol como uma alternativa do autor[37], é muito mais correto entender que, incorporando o anterior artigo 578 do CPC/73 (que era expresso quanto à subsidiariedade) na seção atinente à competência, o legislador apenas reorganizou a questão, sem, contudo, modificá-la ontologicamente.

O **artigo 47** incorpora ao novo código a competência para as *ações fundadas em direito real sobre imóveis*, mantendo o foro da coisa como o correto, bem como a exceção para algumas espécies de direito persecutório, no seu § 1°[38]. A novidade, se é que existe, diz respeito às ações possessórias, que seguirão, por força do § 2°, a mesma regra do *caput*.

Interessante perceber duas delicadezas da lei: primeiramente, separou, topograficamente, a posse da propriedade, aparentemente diferenciando-as, considerando apenas a segunda como direito real; além disso, foi expresso ao afirmar a natureza de competência absoluta nas ações possessórias, entendimento já consagrado pela doutrina (que apenas diverge quanto a se tratar de competência territorial absoluta ou competência funcional), aproximando os dois institutos quando à natureza jurídica do critério de competência.

Já o finado artigo 96 do CPC/73, que tratava de ações envolvendo *questões sucessórias ou quando o espólio39 for réu*, veio substituído pelo **artigo 48**, com a modificação de se incluir, no seu regramento, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial, uma realidade cada dia mais frequente.

A maior invenção, contudo, está no caso de o *de cujus* não possuir domicílio certo (que continua sendo a solução ordinária). Se, antes, recairiam os feitos no local de situação dos bens ou, se houvesse propriedades em vários locais, no lugar do óbito, agora a disciplina processual é outra. O parágrafo único do dispositivo em exame estabelece como parâmetro o lugar dos bens imóveis (e não de qualquer bem – logo, se existir imóveis em uma cidade e bem móvel em

36. Os foros podem ser: (a) exclusivos, em havendo apenas uma opção; (b) concorrentes eletivamente (podendo o autor escolher entre diversos foros, livremente – lógica do *forum shopping*, eventualmente mitigada pelo *forum non conveniens*, na linha do princípio da competência adequada, quando, da escolha, resultar lesão ao acesso à justiça da outra parte sem justificativa razoável); (c) concorrentes sucessivamente (o seguinte só é possível na falta do anterior). A conceituação é de CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 272.

37. CRAMER, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 110.

38. Apenas uma mudança redacional mostra-se esclarecedora: o artigo 95 do CPC/73 falava apenas em "foro do domicílio", não respondendo se do autor ou do réu (o que era presumível, ante a regra geral do artigo anterior). O NCPC é expresso, elegendo o domicílio do demandado.

39. Logicamente, se já encerrado o inventário, não há que se falar mais em espólio e, por conseguinte, cessa a disciplina quanto ao critério do polo passivo, subsistindo, porém, no que diz respeito às ações especificamente elencadas. Nessa linha, entendeu o STJ no CC 51.061/GO.

outra, o feito não deverá correr no lugar da morte, mas sim na localidade onde está a propriedade imóvel).

Em existindo bens imóveis em diferentes foros, qualquer deles será competente e, em inexistindo tais bens, a competência recairá sobre o local de qualquer dos bens (aí, sim, será relevante onde se localizam os bens móveis[40]). Percebe-se, novamente, clara solução sucessiva, passando a ser indiferente o lugar do falecimento para fins de delimitação da competência.

O código perdeu a oportunidade de responder a uma indagação posta pela doutrina: e quando houver domicílio certo, no exterior, e bens no Brasil? A questão se coloca porque o *caput* se refere ao local do domicílio do autor da herança, "no Brasil", nada falando acerca da possibilidade ventilada. A solução não será aplicar por analogia ou a regra geral do *caput* (competência seria de alguma comarca no estrangeiro, o que o próprio dispositivo afasta expressamente), portanto é correto concluir que se dará vigência ao estabelecido no parágrafo único (competindo ao foro do local de bens imóveis deixados no país).

Os **artigos 49** e **50** praticamente repetem a legislação revogada, especificamente o artigo 97 (*ações de réu ausente*: competência do seu último domicílio) e o artigo 98 (*ações de réu incapaz*: domicílio do representante ou assistente, essa última disposição a única inovação implementada; na realidade, uma correção, dizendo respeito às causas de incapacidade relativa).

O **artigo 51** incorpora, ao ordenamento infraconstitucional, a determinação do artigo 109 da Constituição Federal[41], enunciando a competência territorial para as *causas em que a União* (e suas autarquias, conforme o STF[42]) *for demandante* (domicílio do réu) *ou demandada* (domicílio do autor, local do ato ou fato ou da coisa, constantes na causa de pedir, ou no Distrito Federal).

Nesse sentido, é correta a modificação operada, adequando o tratamento àquele previsto no diploma constitucional, além de excluir os territórios, mencionados pelo artigo 99 revogado, haja vista que não existem, atualmente.

Há, no **artigo 52**, novidade plena sob o ponto de vista do ordenamento: o código repete o tratamento garantido à União para os Estados e para o Distrito Federal, que, anteriormente, não recebiam menção qualquer, restando-lhes a aplicação da regra geral do artigo 46 do CPC/73. Os municípios, por sua vez,

40. Muito bem ponderou Luiz Dellore: "quando existir alguma espécie de registro, o artigo deve ser interpretado no sentido da competência desse local (no caso de automóvel, deve ser competente o foro do local onde está registrado o automóvel)" (Comentário ao artigo 48 do NCPC. In: *Teoria Geral do Processo - comentários ao CPC de 2015: parte geral.* São Paulo: Método. 2015, p. 187). Pessoalmente, não tendo a concordar com o autor, vez que, por questões fáticas, pode suceder que o bem móvel, justamente pela sua mobilidade, esteja localizado em lugar distante daquele no qual foi registrado. O crucial, a meu ver, é que, instaurado o processo, qualquer alteração de localidade desse bem não venha a refletir-se, processualmente, no aspecto da competência territorial em tela.

41. Não é possível discordar com Daniel Assumpção quando critica a presença de regras de competência territorial (portanto, relativa) no bojo da Constituição Federal (*Op. cit.*, p. 64).

42. Entendimento relativamente recente, em sede de Repercussão Geral, no RE 627709.

não tendo sido contemplados pela legislação, terão que se submeter ao preceito genérico.

A norma mais ampla, dentre aquelas ditas genéricas, é justamente o **artigo 53**, que, com seus cinco incisos, fecha a seção, trazendo pontuais novidades para o sistema processual civil.

O primeiro caso diz respeito às *ações relativas ao casamento* (divórcio, separação – sim, ela persiste[43] – e anulação) *e união estável* (reconhecimento e dissolução[44]). A equiparação é bem-vinda, homenageando a Constituição Federal (notadamente, o artigo 226, § 3°).

O foro competente será, agora, calcado na existência de filho incapaz, cuja guarda atrairá o feito para sua comarca, filiando-se, ao que tudo indica, o legislador ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Alguns problemas de ordem prática podem vir à tona. Por exemplo: em havendo guarda de fato por parte de um dos pais e guarda "oficial", isto é, concedida judicialmente ou mediante acordo entre eles, do outro, o que deve prevalecer? Embora existam posições em contrário, advogando a prevalência da custódia oficial[45], parece razoável que o juiz, diante do caso concreto, tenda a considerar competente o local onde se encontra o incapaz, permanecendo o processo o mais próximo possível.

Do mesmo modo, a lei não responde quanto à guarda compartilhada, surgindo duas soluções: uma pela aplicação do inciso seguinte (último domicílio do casal)[46], outra, a qual soa mais acertada, de maneira similar à acima tratada, no foro do local onde se encontrar o incapaz (afinal, a guarda compartilhada não significa, necessariamente, que o filho alterne entre a casa dos dois pais – tal seria a guarda alternada, espécie diversa da presente e criticável -, mas sim que estes dividam sua responsabilidade na sua criação digna).

Qualquer modificação superveniente na situação fática que determine a competência (isto é, da guarda) não implicará alteração do juízo competente, não apenas pelo artigo 43 (*perpetuatio jurisdictiones*), como também pelo artigo 8° da lei 12.318/10 ("a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial").

Em não havendo o referido filho, recairá, sucessivamente, no último domicílio do casal ou, se nenhum dos dois ainda residir nesse local, no domicílio do réu. Percebe-se, claramente, que o legislador inovou e, decidindo passar ao

43. A crítica motiva-se pela Emenda Constitucional 66/2010, que tornou direito potestativo o divórcio, facilitando, por motivo que prefiro ignorar, a dissolução do vínculo matrimonial.

44. O que a jurisprudência, em regra, não reconhecia como inserido no artigo 100, I do CPC revogado, mas que agora é expresso em lei (ver, por todos: AgRg no Resp 912.831/RS).

45. VIANA, Salomão. *Op. cit.*, p. 208.

46. Ibidem.

largo da discussão quanto à (in)constitucionalidade do pretérito privilégio da mulher (cuja residência era o anterior foro competente, à égide do CPC/73).

Segue-se, ainda, em alguma medida, a tendência jurisprudencial de preterir a mulher-cônjuge quando houver interesse de incapaz colidente. É o que entendeu o STJ ao, em demanda de divórcio entre homem incapaz e mulher capaz, considerar competente o foro de domicílio do marido[47].

O inciso II mantém a competência do domicílio do alimentando para as *ações que pedem alimentos*, da mesma forma que o inciso III replica quase plenamente seu precursor (artigo 100, IV do CPC/73), para as *demandas em que participem pessoas jurídicas, pessoas sem personalidade jurídica e nas quais se busque o cumprimento de obrigação*[48].

A única diferença advinda do cotejo entre o antigo diploma e o atual é que, na alínea b, o local da agência ou sucursal da pessoa jurídica não só será competente para as obrigações que ela (agência/sucursal) tenha contraído, como também para aquelas que a própria pessoa jurídica contraiu[49]. Ou seja, na prática surge um enorme leque de foros à escolha do autor, ainda que tenha contratado com a pessoa jurídica em sede diversa daquela em que pretende demandar, pela razão que for.

Nesse ponto, embora reconheça que a instrução possa ser facilitada no juízo mais próximo ao da agência/sucursal em que foi contraída a obrigação, prefiro pedir vênia às posições em contrário[50] e aplaudir a inovação, sobretudo em se tratando de vínculo consumerista. Evidentemente, em havendo relação de consumo, seria desnecessária a previsão, ante a solidariedade que rege a responsabilidade do fornecedor, mas não consigo negar que a pessoa jurídica, na maioria absoluta dos casos, tem melhores condições de se adequar à presença em juízo que a pessoa física que com ela tenha contratado (e que, eventualmente, tenha mudado de domicílio, onde haja agência da mesma sociedade empresária), ou mesmo que outra pessoa jurídica de menor porte.

Novo regramento genérico receberam as *ações que versem sobre direito previsto no Estatuto do Idoso* (lei 10.741/03), as quais devem ser ajuizadas no domicílio do maior de 60 anos. A disposição não é, de todo, revolucionária, vez que o próprio diploma protetivo já continha previsão similar para a tutela coletiva desses direitos (artigo 80), agora estendida *ex lege* para as demandas individuais, por motivação da inegável hipossuficiência desses sujeitos.

47. Resp 875.612/MG.

48. O *fórum obligationis* se estende para o pleito que procura invalidar o contrato (Resp 52.012/DF) ou reparar os danos (Ag 1.431.051/DF).

49. Uma possível explicação para a inovação seria a intenção de desfazer a ambiguidade advinda do uso do pronome "ela" no artigo 100, IV, b do CPC/73, fazendo-se opção pelo termo "pessoa jurídica", em definitivo, e não por "agência ou sucursal", como gostariam algumas vozes (por exemplo, VIANA, Salomão. Op. cit., p. 213).

50. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 66.

É curioso como parte da doutrina vem entendendo que, na tutela coletiva, a competência em questão seria absoluta, enquanto, em casos individuais, seria relativa[51]. Parece, porém, que a justificativa seria comum às duas hipóteses, vez que o que embasaria a natureza de competência absoluta seria a peculiaridade dos bens jurídicos tutelados e, em última análise, a vulnerabilidade a que estariam submetidos. Assim, melhor considerar ambas de maneira idêntica – seja territorial absoluta, seja funcional (também absoluta, portanto).

Igualmente inaugurada a competência territorial específica para *as ações de reparação de dano por ato de serventia notarial ou de registro*, ajuizáveis na sede desta serventia. Aparentemente, repete-se a lógica do artigo 46, sendo dispensável a nova alínea "f". Porém, com tal inscrição legal afastam-se outras exceções, como a do artigo seguinte (lugar do ato para ações de reparação de dano), garantindo questionável tratamento privilegiado para tais sujeitos.

Fechando a disciplina, os incisos IV e V replicam o trato dado pelo código anterior, tanto para as *ações de reparação de danos em geral* (local do ato/fato), como para aqueles *sofridos em razão de delito*[52] *ou em acidente de veículos – inclusive, agora, aeronaves* – (onde há, ainda, a possibilidade de o autor demandar no seu domicílio, em querendo). Do mesmo modo quando o *réu for administrador/gestor de negócios alheios* (local do ato/fato).

3. A MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A segunda seção do capítulo que rege a competência vai do artigo 54 ao 63, trazendo a temática da modificação da competência, da qual são espécies a conexão e a continência. O **artigo 54**, inicialmente, esclarece que apenas a competência *relativa* (e não mais "em razão do valor e do território", adequando-se a literalidade da lei ao entendimento corrente) poderá ser alterada por meio dos referidos institutos.

São dois os fundamentos para a modificação da competência: o primeiro, atinente às *modificações legais* (isto é, conexão e continência), se refere à necessidade de julgados harmoniosos; o segundo, voltado às *modificações convencionais* (é o caso do foro de eleição), diz respeito à conveniência das partes, destinatários da prestação jurisdicional. No Novo Código de Processo, bem como no seu predecessor, encontramos as duas modalidades – e, em acontecendo ambas no mesmo feito, prevalecerá aquela, no que forem colidentes, por razões de ordem pública motivadoras da opção legal.

No **artigo 55**, apresenta-se a conexão genérica (ou *conexão por identidade*), sem nenhuma revolução no seu conceito, previsto no *caput*: apenas a mudança

51. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* v. 1. 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 224.

52. O Superior Tribunal de Justiça já garantiu interpretação elástica para o conceito de "delito", aí incluindo também ilícitos civis (EAg 783.280/RS).

do termo "objeto" para "pedido", opção corretíssima do legislador, que esclarece aquilo que, anteriormente, restava para a doutrina. A coincidência, ou *conexidade*[53], como se sabe, deve operar no pedido mediato, isto é, no bem da vida que se busca através do pedido imediato, a tutela jurisdicional, ou, então, na causa de pedir[54], do mesmo modo como sucedia no código revogado.

O parágrafo 1° do artigo em comento traz previsão nova, no sentido de excepcionar a reunião procedimental advinda da conexão quando um dos feitos já houver sido sentenciado. Consagra-se, assim, a súmula 235 do STJ[55], de maneira expressa.

Os dois parágrafos seguintes, por sua vez, enunciam grandes novidades. O § 2° estende, claramente, a regra do *caput* para duas hipóteses. A primeira é a *conexão por prejudicialidade* (inciso I), na qual uma execução de título executivo extrajudicial[56] pode ser considerada conexa a uma ação de conhecimento, relativa a esse mesmo título[57].

É o caso da execução de um contrato, que aparentemente cumpre as formalidades legais para ser considerado título extrajudicial, mas cuja validade é questionada (por exemplo, uma das testemunhas assinou coagida, viciando a manifestação de vontade). Evita-se, assim, decisões contraditórias, cuja resolução prática restaria problemática.

A segunda possibilidade diz respeito à *duplicidade de execuções fundadas no mesmo título* (inciso II). Aqui, é lógica a justificação do dispositivo, que busca afastar um autêntico *bis in idem* executivo, tratando-se de espécie de *conexão por oposição*, a requerer decisão comum.

53. Interessante distinção faz-se entre *conexidade* e *afinidade*: enquanto aquela diz respeito aos fatos (causa de pedir remota) e bens da vida (pedido mediato), existentes em concreto (logo, no plano do ser), esta se refere não a eventos concretos, mas porque se subsumem à mesma norma jurídica material, em abstrato (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Comentário ao artigo 55 do NCPC. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 220-221). Exemplo de conexidade: duas ações sobre o mesmo contrato; exemplo de afinidade: duas ações sobre abusividade similar em contratos diferentes.

54. Há quem se satisfaça como a semelhança da causa de pedir para que se possa considerá-la "comum", na forma do artigo 54 (CRAMER, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 115; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Jurisdição e competência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 166). Também se entende que basta a coincidência da causa de pedir próxima ou da causa de pedir remota, qualquer que seja o conceito que se adote (NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 312).

55. Súmula 235 do STJ: "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado".

56. Também os títulos judiciais podem ensejar a conexão, ainda que não por força desse comando específico, mas pelo caput do artigo ou, se não bastasse, pelo seu novo § 3º.

57. O STJ já tinha precedentes nessa linha, agora consagrada pelo NCPC. Veja-se, por exemplo, o Resp 603.311/SE e o RESP 754.941/RJ.

Interessante notar que há entendimento no sentido de que o rol desse § 2°, que alberga as hipóteses de *conexão legal*, é exemplificativo, deixando margem para, em outros casos conflitantes, estender o cabimento da conexão[58].

Eventualmente, seria dispensável tal entender, vez que o parágrafo 3° do comando traz para o Código a figura da *conexão*[59] *por afinidade*, reunidas para julgamento pelo simples fato de haver risco de ocorrerem decisões contraditórias ou conflitantes. Trata-se de uma regra legal que homenageia, sobremaneira, os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da economia processual macroscópica, alinhada à própria intenção do legislador de 2015 (vide outros institutos, em especial o tratamento dos casos repetitivos, inclusive o novel incidente de resolução de demandas repetitivas, vulgo IRDR).

Cumpre notar que o Superior Tribunal de Justiça tinha precedentes nessa linha, motivado por tais concepções processuais principiológicas[60], adotando, mesmo antes de o código em vigor tê-lo feito, a *teoria materialista da conexão*, satisfazendo-se com a análise da relação jurídica de direito material. Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro possuía, mesmo antes do advento da legislação ora em vigor, entendimento sumulado precisamente idêntico[61].

Destacável, ainda, que, em não sendo caso de conexão, nada impede que o magistrado opte por suspender o feito por um ano (na forma do artigo 313, V, a e §4°), ante a relação de prejudicialidade existente, ou até mesmo que as partes assim convencionem, lançando mão do espaço deixado pela nova lei para o exercício da autonomia privada no bojo do processo.

Passando para a outra espécie de modificação legal de competência, encontramos no **artigo 56** a velha conhecida continência, sem mudanças senão redacionais, quando comparado com o anterior artigo 104 do CPC/73.

Inovação real vem prevista no **artigo 57**, que explicita os efeitos da continência quando a ação continente (a de pedido mais amplo) tiver sido proposta anteriormente à ação contida, na qual deverá ser prolatada sentença sem resolução de mérito. Se não for esse o caso, sucederá a ordinária reunião de ambas para julgamento.

Tal noção, porém, pode ser ponderada se ocorrida no processo coletivo, no qual a similitude de autores, sob o ponto de vista material (titulares dos direitos tutelados), não necessariamente coincide com o aspecto formal (legitimado

58. É o que restou enunciado pelo FPPC: "237: O rol do art. 55, § 2º, I e II, é exemplificativo".

59. Interessante notar que o próprio comando dispensa que haja conexão entre as causas, assim entendida a afinidade de pedido ou causa de pedir requisitada no *caput*. Por essa razão, talvez sequer seja correto apelidar a figura em tela de "conexão por afinidade". De qualquer forma, opto por trazer a alcunha, para fins didáticos.

60. Conferir Resp 603.411/ SE e Resp 754.941/RJ.

61. Súmula nº. 266 TJ/RJ: «O risco de decisões contraditórias impõe a reunião de ações que tramitam perante juízos com a mesma competência em razão da matéria».

para a propositura), de modo que a reunião, para parcela da doutrina, se mostraria mais funcional para o melhor deslinde do feito[62].

A reunião das ações (*simultaneus processus*, principal efeito da conexidade), sob a égide do código revogado, era facultativa, tanto por força da lei como pelo entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça[63]. Contudo, uma leitura atenta do **artigo 58** permite-nos extrair uma conclusão decisiva: a reunião, no novo código, "far-se-á" (*será* feita), enquanto, no anterior, o juiz podia fazê-lo (artigo 105 CP/73).

Aparentemente, desapareceu a margem que a lei deixava para o exercício da facultatividade do magistrado[64]. Outra corrente sustenta que a mudança redacional não permite extirpar a discricionariedade do juiz, inclusive no caso do artigo 55 § 3°[65].

Entendo serem conciliáveis ambos os entendimentos: em regra, a reunião deverá ocorrer (o que representa diferença diante do código pretérito), sendo, porém, justificável que não suceda, não por força da mera opção do juízo, senão por razões, expressamente delineadas, pautadas na ponderação de princípios. Isso porque não há como negar que, especialmente diante de casos repetitivos, maçantes, de competências territoriais absolutamente diversas, o mais recomendável, sob a ótica do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5°, XXXV da Constituição Federal), venha a ser a manutenção dos feitos onde correm desde o início.

Cumpre, pois, questionar: e qual será o juízo prevento para julgar as duas ações reunidas, seja pela conexão, seja pela continência? No código anterior, a regra era variável, a depender se as ações corriam na mesma circunscrição territorial (prevento seria o que primeiro despachasse validamente) ou não (prevento estaria aquele no qual se obtivesse a primeira citação válida). Afastando a indesejável dicotomia, o Novo Código estabeleceu, como regra geral[66], que o *registro* (caso de vara única) ou *a distribuição* (em havendo mais de uma vara competente no foro) *da inicial* previne o juízo.

Sem relevantes modificações, mantém-se a determinação da competência por prevenção nas *ações reais sobre imóveis que se localizem em mais de um foro* (**artigo 60**) e nas *ações acessórias* (**artigo 61**).

62. NEVES, Daniel. *Op. cit.*, p. 75.

63. Reconhecendo haver autêntico juízo de conveniência por parte do magistrado: CC 55.584/SC e Resp 1.255.498/CE.

64. Enxergando mudança, tornando a reunião obrigatória: CRAMER. *Op. cit.* p. 118.

65. NEVES, Daniel. *Op. cit.* p. 73.

66. Evidentemente, há exceções que parecem continuar vigentes no ordenamento: veja-se a solução dada no processo coletivo (artigo 2º, parágrafo único da lei 7.347/85: "A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto") e em matéria falimentar (artigo 6º, § 8º da lei 11.101/05: "A distribuição do pedido de falência ou de recuperação judicial previne a jurisdição para qualquer outro pedido de recuperação judicial ou de falência, relativo ao mesmo devedor").

O último grande tema da seção é a *convenção sobre a competência*, restrita para hipóteses de competência relativa (**artigo 62** é claro ao afastar as de natureza absoluta, a exemplo do vetusto artigo 111 do CPC/73). Restariam, por força da literalidade do **artigo 63**, os casos de competência territorial ou em razão do valor.

A esse último, porém, não se adequa o regimento dado pela nova legislação, que somente repete, insistindo no erro, a caracterização da competência pelo valor da causa como relativa, quando, no ordenamento pátrio atual, somente os juizados especiais cíveis ostentam competência verdadeiramente disponível para o autor[67]. Os juizados federais e os fazendários, por sua vez, são de aplicação cogente, portanto absoluta[68].

Os requisitos básicos para o estabelecimento da(s) cláusula(s[69]) de eleição de foro (que continua a obrigar os herdeiros e sucessores, conforme § 2°) são mantidos, previstos no § 1°, e sua inobservância maculará a eficácia da referida convenção: constar de instrumento escrito e referir-se, expressamente, a negócio jurídico específico.

Entendo que somente as demandas que versarem sobre os direitos e obrigações previstas no contrato no qual está a convenção é que a ela se submetem[70], não havendo sentido em manter a eleição quando se questiona a sua própria validade, bem como a do contrato, ou, ainda, sua interpretação.

O juiz, no novo código, ainda poderá, excepcionalmente[71], *reconhecer a incompetência territorial de ofício*, não mais apenas nos contratos de adesão (como no art. 112 parágrafo único do CPC/73), mas em qualquer contrato, enviando os autos, em seguida, para o foro de domicílio do réu[72]. O mote, sem sombra de dúvidas, será o risco de restar agredido o princípio do acesso à ordem jurídica justa.

67. Interessante a didática de Leonardo Greco, quando assevera que a competência determinada pelo valor da causa, quando para mais do que o teto, é absoluta, mas, quando abaixo do teto, é relativa (*Op. cit.* p. 138). Tal lógica, como dito *supra*, somente se aplica aos juizados especiais cíveis estaduais.

68. Quanto aos juizados especiais federais, veja-se o artigo 3º, § 3º da Lei 10.259/01 ("No foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial, a sua competência é absoluta") e, no tocante aos juizados fazendários, o artigo 2º, § 4º da Lei 12.153/09 ("No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta").

69. "Anote-se, ainda, que não há óbice à eleição de mais de um foro pelas partes contratantes. Pense-se no exemplo da eleição de dois foros contratuais: um para a hipótese de ser parte autora o contratante 'A' e outro para o caso de o demandante ser o contratante 'B'" (DIDIER, Fredie. *Op. cit.*, p. 226).

70. Julgado da 3º turma do STJ: Resp 773.753/PR. Em sentido contrário, a 4ª turma no Resp 305.950/PR.

71. A regra não muda, continuando a valer a súmula 33 do STJ: "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

72. Chegando lá, e sendo citado o réu, poderá ele suscitar a incompetência, desfazendo a presunção relativa de que, para si, litigar em casa é mais benéfico.

O limite temporal[73] estabelecido ("antes da citação") positiva a preclusão *pro iudicato*, registrando prazo peremptório para que o magistrado repute ineficaz o acordado. Já o réu deverá, sob pena de preclusão, alegar a nulidade da cláusula na sua contestação, de maneira similar ao que já ocorria no sistema anterior.

4. A DISCIPLINA DA INCOMPETÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No novo regramento processual, há uma inegável *aproximação entre a incompetência relativa e a absoluta*. A mais simbólica manifestação disso é a unidade de tratamento para que se suscite tais vícios: o meio agora é a alegação via preliminar de contestação (**artigo 64**), não mais existindo a retrógrada exceção de incompetência relativa.

Consagra-se, assim, a instrumentalidade das formas que o Superior Tribunal de Justiça já aplicava para o caso[74], desaparecendo, também, a suspensão do procedimento principal prevista no artigo 306 do CPC/73, sem correspondente no novo código.

Questão interessante, de ordem prática, diz respeito à hipótese de não existir ainda contestação, isto é, de se optar por suscitar o vício de maneira isolada, antes da audiência de conciliação e mediação. É possível vislumbrar um *incidente de incompetência*,[75] suspendendo-se a audiência marcada em razão da incompetência, causa reconhecível *de lege ferenda*, para além da mera indisposição das partes para transacionar. Em alguma medida, o próprio código imaginou essa hipótese, como se depreende do artigo 340, § 3°.

A propósito, o referido **artigo 340** prevê a possibilidade de protocolo da contestação na qual se alegue incompetência no foro do domicílio do réu, a exemplo do que acontecia, no CPC/73, com a exceção de incompetência.

Na realidade, a alteração só possui reflexos práticos quanto à incompetência relativa, vez que a absoluta continua a não precluir e a poder ser reconhecida mesma *ex officio*, sendo lógico, portanto, que seja suscitável por qualquer meio (artigo 64, § 1°).

Seja via questão preliminar de contestação (competência relativa) ou não (competência absoluta), o juiz deverá ouvir a parte contrária, na esteira da vedação das decisões surpresas (artigo 9° do novo código e, especificamente, artigo 64, § 2°). Caso reconheça por iniciativa própria o vício, far-se-á necessária a oitiva de ambas as partes, evidentemente[76].

Acolhida sua alegação ou conhecida de ofício pelo juiz, a incompetência produz o efeito de remeter os autos ao juízo competente (§ 3°), o que já ocorria, como regra[77], no código passado. A inovação vem no parágrafo seguinte: conserva-se a validade dos atos praticados pelo magistrado incompetente (absoluta ou relativamente[78]), até que o juízo competente, após receber o feito, profira outra decisão em sentido contrário.

A *translatio iudicii* passa a ser o ordinário, salvo se a decisão do primeiro juiz, reconhecendo-se incompetente, optar por nulificar algum ato praticado. Valoriza-se, assim, a duração razoável do processo, sua celeridade e a economia processual, além da boa-fé processual. Nessa linha, a citação ou o despacho citatório por juízo incompetente passa a gerar os efeitos do artigo 240, inexistindo qualquer polêmica a respeito.

Na prática temos dois caminhos: ou o juízo originário decide pela nulidade dos atos praticados ou estes serão válidos. Há quem entenda que, quanto aos atos decisórios, exigir-se-ia uma convalidação do juízo competente, ainda que de maneira tácita[79]. Por mais que, pragmaticamente, a solução seja quase idêntica, não posso concordar com o raciocínio: na verdade, as decisões mantêm-se válidas, até que o segundo magistrado profira outra decisão. Entendo que *proferir outra decisão* não diga respeito à decidir sobre a validade dos atos em questão, mas sim a, no curso da lide, sobrevir decisão que contrarie aquela tomada pelo juízo incompetente. É o caso de uma concessão de tutela provisória que, posteriormente, é revogada pela modificação das circunstâncias fáticas, e não pela mera reapreciação do novo juiz, o que significaria garantir-lhe um papel de saneador ou censor do colega.

Não deixa de ser curiosa, nesse ponto, a maneira como o código, relativizando os efeitos da incompetência absoluta ao longo do processo, garante-lhe a natureza de vício de rescindibilidade no rol do artigo 966, em seu inciso II. Não faz qualquer sentido que, para o feito corrente, as decisões sejam válidas, mas, para aquele já transitado em julgado, não o sejam.

Há, contudo, uma interpretação[80] que justifica a aparente contradição: se verificada, seja de ofício, seja por provocação das partes ou do Ministério Pú-

73. Nada impede, porém, que haja uma certa flexibilização dos critérios rígidos estabelecidos. Por exemplo, em advindo, mesmo após o saneamento, uma petição supostamente de emenda à inicial, aumentando o objeto do feito, é mais prudente aceitá-la como demanda conexa do que puramente, em atenção à fria letra da lei, reputá-la intempestiva. Se uma nova exordial levaria à reunião dos processos, assim deve ser visto a ampliação do pedido ou da causa de pedir. Nessa linha: OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 233.

74. Por todos, vide o CC 8.692/RO.

75. A nomenclatura é de Luiz Dellore (*Op. cit.*, p. 218).

76. É indiferente que o comando fale em "alegação", pois, ainda que não existisse o dispositivo específico para a competência, o artigo 9º, consagrando o contraditório prévio como regra geral constitucionalmente estabelecida, já exigiria tal postura do magistrado.

77. Existem exceções, como nos juizados especiais cíveis (artigo 51, III da lei 9.099/95: "Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: III – quando for reconhecida a incompetência territorial").

78. Enunciado 238 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O aproveitamento dos efeitos de decisão proferida por juízo incompetente aplica-se tanto à competência absoluta quanto à relativa.

79. NEVES, Daniel. *Op. cit.*, pp. 82-83

80. Outra proposta é a de Leonardo Greco, que assim estabelece: para decisões finais, haverá vício de anulabilidade, arguível por ação rescisória; já as decisões intermediárias são válidas e eficazes, até

blico[81], a incompetência absoluta durante o processo, havendo a remessa ao juízo competente e o conseguinte regular andamento do feito, com ou sem revogação de atos decisórios, não há que se falar em hipótese de coisa julgado rescindível. Porém, caso toda a prestação jurisdicional tenha decorrido em juízo absolutamente incompetente, caberá a ação rescisória, ante a nulidade processual *in totum*.

Também se mostra algo angustiante a ausência de previsão para a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que reconhece ou não a incompetência. O projeto de lei, na Câmara, continha a hipótese no artigo 1.015, mas, no Senado, acabou por vê-la retirada. Assim, ordinariamente, caberá a alegação do vício apenas em sede de apelação, em razões ou contrarrazões, não sendo, de resto, impossível a impetração de mandado de segurança, um remédio que, com a taxatividade do cabimento do agravo imediato, acabará por ocupar seu lugar de forma residual, quando for hipótese de sua impetração (existir direito líquido e certo, sob a égide material e formal).

Encerrando o tema da incompetência, o **artigo 66** traz o *conflito de competência82*, nos mesmos moldes do artigo 115 do CPC/73 (conflito positivo, negativo e de prevenção). Seu procedimento está esmiuçado nos artigos 951 a 959, dentro do tratamento da ordem dos processos nos tribunais, tendo delineio de matéria praticamente procedimental/regimental.

5. A COOPERAÇÃO NACIONAL: UMA NOVIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O segundo capítulo do título que trata da competência interna traz uma inovação, ao menos sob a ótica do direito positivado no código processual: trata-se da "cooperação interna", voltada para os órgãos do Poder Judiciário. Busca-se instaurar um ambiente cooperativo entre os diversos juízos, facilitando a prática de atos processuais, ainda que entre órgão de ramos diferentes do Judiciário (conforme **artigo 69,** § 3°).

A inserção na lei é interessante (embora já houvesse a áurea cooperativa administrativamente na Recomendação n. 38 do CNJ[83]), e dá contornos mais palatáveis ao *Princípio da Cooperação*, apresentado pelo código logo em seu artigo 6°[84]. Não existem dúvidas de que esse é o maior fundamento para o novel capítulo, embora não se possa negar que valores como a eficiência e a duração razoável do processo[85] também tenham motivado a incorporação.

que o juízo competente decida acerca delas, na forma do artigo 64, § 3º (GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 137).

81. Como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público passa a expressamente poder alegar vício de incompetência relativa, conforme **artigo 65, parágrafo único**.

82. Não caberá ao Judiciário, porém, analisar a competência do árbitro, vez que o reconhecimento da sua incompetência deve partir exclusivamente deste, conforme artigo 8º da lei 9.307/96, mitigando o *princípio da kompetenz-kompetenz*, segundo o qual todo juiz é competente, ao menos, para reconhecer a sua incompetência.

83. O ato do CNJ é ainda mais esmiuçado que o Código, elencando, por exemplo, princípios aplicáveis à cooperação administrativa, no seu artigo 2º, como a agilidade, a concisão, a instrumentalidade das formas e a unidade da jurisdição nacional.

O "pedido de cooperação entre os juízes", esculpido no **artigo 68**, é a ferramenta básica apresentada pelo legislador, cabendo a ressalva no sentido da impossibilidade de delegação de atos decisórios, sob pena de restar agredido o princípio do juiz natural, logicamente.

Embora os dispositivos apenas digam respeito ao Judiciário, é inegável a relevância que podem ter para a Defensoria Pública. Já passou do tempo de o *Princípio da Unidade* sair do papel, especialmente do ponto de vista institucional[86], segundo o qual todas as Defensorias Públicas do país são consideradas apenas uma instituição autônoma constitucional, na esteira do artigo 2° da LC 80/94[87].

Assim, servem os comandos do **artigo 67** e seguintes ao menos como inspiração para novos diálogos e na construção de instrumentos eficientes de desenvolvimento conjunto de ações institucionais, notadamente na função típica do patrocínio de causas judiciais quando o atendimento se der em um Estado da federação e o ajuizamento dever ser feito em outro, por exemplo. Igualmente, quando houver necessidade de se colaborar para a instrução probatória, existindo um documento que possa ser requisitado com maior facilidade pelo defensor atuante em outro Estado, ou uma testemunha cuja oitiva antes do ajuizamento da demanda possa ser valiosa para facilitar a concessão de uma tutela provisória, mas que reside em outra unidade federativa.

Desse modo, embora ainda embrionário o tratamento legal da matéria, indiscutivelmente avança-se rumo a um processo verdadeiramente colaborativo e cooperativo, não só entre as partes e o juiz, mas também entre os juízos e, conforme a interpretação analógica proposta, entre as instituições fundamentais ao processo que nele atuem, como é o caso da Defensoria Pública e do Ministério Público. Fica o convite para o fortalecimento da relação entre as

84. É a posição dos mestres Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (*Novo código de processo civil: anotado e comparado.* Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 35) e Leonardo Faria Schenk (*Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 243).

85. AVELINO, Murilo Teixeira. Comentário ao artigo 67. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016. p. 124.

86. Impossível não mencionar a didática e o brilhantismo dos colegas Franklyn Roger e Diogo Esteves, que estabelecem a seguinte distinção: "(...) *sob o prisma orgânico*, a unidade somente existe no âmbito de cada Defensoria Pública(...). Não há qualquer vinculação hierárquica, administrativa ou financeira entre as Defensorias Públicas(...). No entanto, *sob o prisma funcional*, é possível identificar a unidade entre todas as Defensorias Públicas do país, haja vista desempenharem as mesmas funções institucionais com a mesma finalidade ideológica" (*Op. cit.*, p. 303). A leitura da obra é obrigatória para se compreender o desenho constitucional da instituição.

87. "Art. 2º A Defensoria Pública abrange: I – a Defensoria Pública da União; II – a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; III – as Defensorias Públicas dos Estados".

Defensorias do país e, com isso, para a melhor prestação da assistência jurídica integral exigida pela carta constitucional.

6. REFERÊNCIAS

AVELINO, Murilo Teixeira. Comentário ao artigo 67. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

BACCARI, Gian Marco. *Trattato di procedura penale.* v. II. Milão: Giuffrè Editore, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático.* São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de direito processual civil.* 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência.* 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal – Promotor Natural – Atribuição e Conflito com Base na Constituição Federal de 1988.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

CINTRA, A; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo.* 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3. ed. Buenos Aires: Depalma. 1993.

CRAMER, Ronaldo. Comentário ao artigo 45. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLA, Humberto e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Novo código de processo civil: anotado e* comparado. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DELLORE, Luiz. Comentário ao artigo 48 do NCPC. *Teoria Geral do Processo – comentários ao CPC de 2015: parte geral.* São Paulo: Método. 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* 18 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública.* Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional.* In: Revista do Ministério Público. n. 14. 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

MENEZES, Felipe Caldas. A reforma da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública: disposições gerais e específicas relativas à organização da Defensoria Pública da União. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *Uma nova Defensoria Pública pede passagem,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.* 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015* 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Comentário ao artigo 55 do NCPC. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao artigo 69. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

VASCONCELOS, Ronaldo. Competência: questões controvertidas à luz do Novo CPC. In: *Novo Código de Processo Civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar.* v. 2. Vários coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANA, Salomão. Comentário ao artigo 45 do código de processo civil. In: *Breves comentários ao novo código de processo civil.* Teresa Arruda Alvim Wambier (et al.), coordenadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO VI
DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES

A LEALDADE PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Franklyn Roger Alves Silva

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil dedica significativo regramento a respeito da boa-fé processual. Há um capítulo que define as normas fundamentais do processo civil, com especial destaque os arts. 1°, 5°, 6°. A Cooperação, a boa-fé e a lealdade processual são preceitos que devem fazer parte da relação processual e a construção desse novo perfil profissional tem início com as disposições do novo CPC.

2. DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES

Há uma preocupação muito grande do novo diploma com a boa-fé processual. O capítulo das normas fundamentais é muito claro a esse respeito, especialmente quando analisados as suas normas fundamentais, destinadas a construção de um processo efetivo.

O rol de deveres das partes e procuradores não constitui regra exaustiva, podendo outros deveres serem impostos[1]. Dispõe o art. 77 que todos os sujeitos que participem do processo devem: expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; não produzir provas e não praticar atos inúteis ou

1. *"Aplicações dos deveres de lealdade e boa-fé encontram-se em várias outras disposições da lei processual, cabendo destacar aqui, pela sua importância, as condutas que na execução são consideradas atentatórias à dignidade da justiça, enumeradas nos artigos 600 do Código de 1973 e 774 do Código de 2015, especialmente a fraude à execução e não revelação pelo executado dos bens a serem penhorados ou da sua localização."* (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil.* 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 246).

desnecessários à declaração ou à defesa do direito; e declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.

Dois deveres processuais, o de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; e o de não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, previstos nos incisos IV e VI possuem tratamento mais rigoroso no art. 77. A começar pelo §1° que determina ao juiz advertir às partes e seus procuradores que essas condutas podem ser punidas como ato atentatório à dignidade da justiça.

Neste caso, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, deve o juiz aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

A disciplina do NCPC é a de que as posturas potencialmente inadequadas das partes sejam advertidas pelo juiz e no caso de efetiva transgressão sejam punidas por meio da multa processual prevista no §2° do art. 77 e extensamente regulada nesta seção do código.

No caso de inadimplemento do pagamento desta multa processual, será o crédito inscrito como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97 do NCPC.

A multa processual aplicada em virtude de inobservância dos deveres processuais dos incisos IV e VI do art. 77 pode ser fixada independentemente da incidência das sanções previstas nos arts. 523, §1° e 536, §1°. Sendo o valor da causa ou inestimável, a multa prevista poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

Toda essa disciplina sancionatória é excepcionada no tocante aos advogados públicos, privados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, não se aplicando o disposto nos §§ 2° a 5°. O NCPC considera que os atos que inobservem os deveres processuais do art. 77 devam ter a responsabilidade disciplinar apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará. Não dispondo o Poder Judiciário de poder correcional para avaliar atos praticados pelos titulares das funções essenciais, agiu com acerto o legislador neste ponto.

Problema do cotidiano solucionado pelo novo CPC diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais proferidas em desfavor da Fazenda Pública. Era comum a existência de determinações dirigidas aos representantes judiciais (procuradores), quando havia algum entrave criado pela própria pessoa jurídica. O §8° resolve a questão ao assegurar que o representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar. A deslealdade do gestor da pessoa jurídica de direito público não pode significar tratamento jurídico ao seu representante jurídico.

No art. 78 o NCPC dedica-se a regrar a proibição do emprego de expressões ofensivas nos escritos apresentados, aplicável às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo, mandando o juiz riscá-las. O legislador, no entanto, perdeu a oportunidade de regrar a questão do ponto de vista do processo eletrônico, estabelecendo um tratamento jurídico uniforme deste tema[2], levando em contas as especialidades do processo virtual.

No caso de expressões ou condutas ofensivas manifestadas de forma oral ou presencial, o §1° orienta o juiz a advertir o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra, reforçando o papel do juiz de advertir e controlar o rumo adequado e polido do processo.

Tradicional regra do CPC/73 encontra-se reproduzida no art. 78, §2°, permitindo que o juiz possa, de ofício ou a requerimento da parte ofendida, determinar que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, seja determinada a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas, colocando à disposição da parte interessada.

O atentado decorrente de prática de inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso, antes previsto como uma ação cautelar (art. 879, III do CPC/73), agora é tratado na disciplina dos deveres das partes. Caminho diferente não poderia ter sido tomado, considerando a revogação do procedimento cautelar pelo novo Código de Processo Civil, ainda que criticado[3].

Houve significativa facilitação, considerando a desnecessidade de ação própria, podendo o juiz, quando reconhecer o atentado, determinar o restabelecimento do estado anterior e proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação da sanção processual do §2°[4].

---

2. *"O novo CPC não enfrenta esse problema, cuja solução ficará relegada à casuística futura, já que o desentranhamento das peças seria sanção abusiva e ilegal, por cercear o contraditório. Solução possível é a determinação de que, nas plataformas eletrônicas que o permitirem, as petições sejam impressas e digitalizadas novamente, com as expressões injuriosas devidamente riscadas."* (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo código de processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 144).
3. *"A regra consagrada no inciso VI do art. 77 do Novo CPC não estava prevista no CPC/1973, buscando o legislador sancionar a parte que pratica atos de inovações ilegais sobre o bem ou direito litigioso. E essa atual hipótese de ato atentatório à dignidade da justiça traz outra novidade no §7º, que permite ao juiz, além de aplicar a multa, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado. Regras sancionatórias que impedem a manifestação das partes são sempre delicadas à luz do direito das partes à ampla defesa, sendo duvidoso que tal sanção venha a vencer tal barreira."* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: Inovações, alterações e supressões.* São Paulo: Método, 2015. P. 20).
4. *"Especificamente em relação ao caso do inciso VI, o §7º impõe uma sanção de caráter processual, permitindo a proibição da parte de falar nos autos até que o estado da coisa ou o direito em litígio seja restabelecido à condição anterior. Trata-se de uma facilitação procedimental da antiga cautelar específica de atentado, agora independente de sentença específica e processo autônomo, passível de ser deferida de ofício. De fato, tendo em vista que tanto a multa quanto a proibição de falar nos autos exercem funções semelhantes (apesar do caráter mais punitivo da primeira e mais coercitivo da segunda), seu agrupamento é uma opção lógica e efetiva."* (CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER,

3. REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC: Inovações, alterações e supressões*. São Paulo: Método, 2015.

Ronaldo. Comentários ao novo código de processo civil. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 143).

Capítulo VII
DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A GRATUIDADE DE JUSTIÇA NO NOVO CPC

Diogo Esteves

1. INTRODUÇÃO

De nada adiantaria o sistema processual assegurar o direito à assistência jurídica se as despesas processuais não fossem afastadas. Um dos problemas do acesso à justiça apontados na pesquisa dos Profs. Mauro Cappelletti e Bryant Garth residia no custo elevado das demandas[1].

No direito brasileiro, a gratuidade de justiça (ou justiça gratuita) constitui a dispensa provisória da antecipação do pagamento das despesas judiciais ou extrajudiciais, necessárias ao pleno exercício dos direitos do hipossuficiente, em juízo ou fora dele.

Uma das mais importantes inovações do Código de Processo Civil de 2015 em comparação com o Código anterior, foi exatamente a inserção de um capítulo específico (nos seus artigos 98 a 102) para disciplinar a gratuidade de justiça, tal como ocorria com nosso primeiro Código de Processo Civil de âmbito nacional (o de 1939, nos seus artigos 68 a 79).

1. *"This high cost to the parties is particularly obvious under the "American rule," which does not oblige the losing party to reimburse the successful litigant for his lawyer's fees; but high costs also serve as a powerful barrier under the more generally used "winner-takes-all" system, where unless the prospective litigant is sure to win, which is very rare indeed given the usual uncertain-ties of litigation, he must face an even higher risk of litigation than a litigant in the United States. The penalty for losing in "winner-takes-all" countries is roughly twice as great-the costs of both sides. Furthermore, in some coun- tries, such as Great Britain, the plaintiff frequently cannot even estimate how great the risk is-how much it will cost him to lose- since attorneys' fees can vary widely."* (GARTH, Bryant G; CAPPELLETTI, Mauro. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. (Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. Disponível em http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142. Acesso em 29 mai 2016. P. 197).

O Novo Código de Processo Civil realizou a correção da defasagem da matéria prevista na Lei nº 1.060/1950[2] que, como se sabe, passara a disciplinar a temática da gratuidade de justiça desde a segunda década do século passado.

O referido diploma legal utilizava-se inadvertidamente do termo "assistência judiciária" para designar (a) o serviço público de assistência dos necessitados em juízo (art. 1º); (b) o órgão estatal responsável pela prestação do serviço de assistência dos hipossuficientes (art. 5º, §§ 1º, 2º e 5º, e art. 18); e (c) o benefício de isenção de despesas processuais, ou seja, como sinônimo de gratuidade de justiça (arts. 3º, 4º, § 2º, 6º, 7º, 9º, 10, 11).

2. A NATUREZA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A gratuidade de justiça constitui instituto jurídico de Direito Público que possui natureza dúplice: manifesta natureza tributária quando dispensa a antecipação do pagamento das custas *stricto sensu*, taxa judiciária e emolumentos notariais ou registrais; e manifesta natureza processual quando afasta o pagamento das despesas processuais de ordem civil e dos honorários sucumbenciais.

Quando a dispensa da antecipação do pagamento ocorre em uma relação jurídico-processual (ex.: dispensa do recolhimento das custas iniciais do processo), a responsabilidade por seu reconhecimento é atribuída ao juiz ou tribunal responsável pela análise e julgamento da causa. Por outro lado, quando a dispensa ocorre perante as serventias extrajudiciais (ex.: dispensa do pagamento dos emolumentos relativos à expedição de determinada certidão), seu reconhecimento deverá ser realizado pelo delegatário do serviço notarial ou registral, sob a obrigatória e constante supervisão do juiz competente.

Além disso, o reconhecimento do direito à gratuidade de justiça gera uma postura negativa por parte do Estado, que se abstém de exigir o pagamento antecipado de todas as despesas necessárias ao exercício dos direitos do hipossuficiente econômico, judicial ou extrajudicialmente. Assim, não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; identifica-se apenas a assunção de uma postura passiva por parte do Estado[3].

A assistência jurídica estatal gratuita, por sua vez, constitui instituto jurídico de Direito Público, manifestando natureza eminentemente administrativa[4], traduzindo a prestação não onerosa de serviço de orientação legal e de defesa dos direitos do necessitado econômico, em juízo ou fora dele.

2. Embora não tenha sido integralmente revogada pelo CPC/2015, a Lei nº 1.060/1950 perdeu grande parte de seu conteúdo normativo em razão da nova disciplina jurídica decorrente dos dispositivos do novel Diploma Processual Civil nacional.
3. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 33.
4. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 460, *apud* MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, p. 93/94.

Por constituir instituto administrativo, o reconhecimento do direito à assistência jurídica estatal gratuita deverá ser realizado de maneira exclusiva pelo Defensor Público com atribuição para efetuar o atendimento da parte necessitada. De acordo com o art. 4º, § 8º da LC nº 80/1994, sempre que o Defensor Público entender não haver hipótese de atuação institucional, deverá oficiar o Defensor Público Geral para que seja exercido o controle de legalidade sobre sua decisão funcional de abstenção, podendo o chefe da Instituição, se for o caso, indicar outro Defensor para atuar na defesa dos interesses do hipossuficiente e, ainda, instaurar procedimento disciplinar contra aquele que se recusou a prestar o atendimento devido, quando evidenciada possível desídia.

Ademais, ao contrário do que ocorre com a gratuidade de justiça, o direito à assistência jurídica gratuita desperta uma conduta positiva do Estado, que deverá assumir postura atuante para garantir a adequada proteção dos direitos do economicamente necessitado[5].

Apontando de maneira resumida a diferenciação conceitual entre os institutos, explica o brilhante professor José Augusto Garcia de Souza, em recente obra publicada sobre o tema:

> Parta-se da Constituição da República. O inciso LXXIV do art. 5º prevê, como direito fundamental, a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Qual é, inicialmente, a diferença entre as assistências judiciária e jurídica? É uma diferença de amplitude. Enquanto a assistência judiciária diz respeito à atividade técnica de patrocinar causas e defender interesses em juízo, a assistência jurídica é mais abrangente, envolvendo também atuações antes e fora do processo judicial – não raro o evitando –, a exemplo da educação em direitos, da consultoria jurídica, da resolução de conflitos por meios alternativos e da defesa em processo administrativo.
>
> E a gratuidade de justiça (ou justiça gratuita)? Em que se estrema das assistências jurídica e judiciária? A gratuidade significa isenção do pagamento, que pode ocorrer não só judicialmente, mas também no tocante a emolumentos devidos a notários ou registradores. Por sinal, é mera questão terminológica tratar como gratuidade de justiça, ou não, essa isenção relativa a despesas extrajudiciais. Em essência, cuida-se do mesmo fenômeno que está presente na gratuidade estritamente processual. A propósito, o CPC/2015, em seu art. 98, § 1º, IX, enquadra emolumentos devidos a notários ou registradores como item compreendido pela gratuidade de justiça.
>
> Em termos bem simples, portanto, assistência – tanto a judiciária como a jurídica – implica prestação de uma atividade, comportamento ativo; gratuidade de justiça, por seu turno, traduz-se em isenção de pagamento, ato

5. *"Enquanto que, para conceder a mera gratuidade processual, basta ao Estado deixar de exigir o recolhimento de custas e demais despesas processuais, para cumprir com a promessa constitucional da assistência jurídica integral e gratuita deve o Estado estruturar-se adequadamente, a fim de poder prestar o serviço. A garantia da assistência jurídica não se efetiva por si, mas depende da intervenção do Estado, que passará a assumir uma postura ativa."* (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 62)

de abstenção. Aí está a distinção básica. (SOUSA, José Augusto Garcia de. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 161/162)[6]

3. A DISCIPLINA PROCESSUAL DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Antes da edição do Novo Código de Processo Civil, a Lei nº 1.060/1950 constituía a principal base normativa da gratuidade de justiça. Embora possua alguns dispositivos legais ainda em vigor, a Lei nº 1.060/1950 teve seus arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 expressamente revogados pelo art. 1.072, III do CPC/2015.

De fato, acabou sendo no mínimo estranha a opção do legislador por não revogar totalmente a Lei nº 1.060/1950, pois os dispositivos mantidos parecem prejudicados ou inócuos[7]. Como exemplo, podemos citar os arts. 5º, *caput*, 10 e 13 da Lei n º 1.060/1950, revogados tacitamente pelo art. 99, §§ 2º e 6º e art. 98, §§ 5º e 6º do CPC/2015[8].

Com isso, a Lei nº 1.060/1950 continuará apenas formalmente em vigor, transformada em diploma normativo de inexpressiva utilidade jurídica. Como ironiza o professor José Augusto Garcia de Souza, "merecia a Lei nº

6. Em sentido semelhante: *"Os institutos da assistência jurídica e da justiça gratuita não se confundem. De fato, a assistência jurídica representa o serviço público de orientação e atuação jurídica, organizado, no Brasil, pela Defensoria Pública, via avaliação e concessão administrativas. Já o benefício da justiça gratuita é endoprocessual e concedido judicialmente, consistente na isenção das custas processuais e dos ônus de sucumbência, enquanto permanecer a condição de 'necessitado'"* (RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do Defensor Público*, Bahia: Juspodivm, 2016, pág. 458). Seguindo a mesma linha de raciocínio: *"O patrocínio de determinada pessoa pela Defensoria Pública está diretamente condicionado ao fato de a Instituição, por meio de seus membros, ter concluído pela hipossuficiência econômica daquela. Concluindo-se pela necessidade econômica, do múnus constitucional de prestar a assistência jurídica, independentemente de qualquer decisão judicial, decorre a capacidade postulatória com os poderes gerais para o foro (cláusula as judicia), prescindindo de mandato, conforme positivado no art. 44, inciso XI, da lei complementar nº 80/94. Cumpre ao judiciário apenas pronunciar-se acerca da gratuidade de justiça, ou seja, sobre o pedido de isenção do pagamento de custas."* (BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública da União*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, pág. 83)
7. SOUSA, José Augusto Garcia. Op. cit., pág. 161.
8. "O Novo Código de Processo Civil revoga em parte a Le nº 1.060/50, passando a regular em seu texto a concessão de justiça gratuita. Segundo o art. 1.072, III, do NCPC, são expressamente revogados os arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da sexagenária Lei de Assistência Judiciária (LAJ). É de se estranhar o fato de o legislador não ter optado pela sua revogação total e completa absorção da matéria pelo Código, pois vários dos dispositivos não revogados expressamente o foram tacitamente, vez que o NCPC regulou a questão por inteiro, como ocorre com o art. 5º, *caput* (revogado tacitamente pelo art. 99, § 2º, do NCPC) e seu § 5º (v. art. 186, §§ 1º e 3º, do NCPC), o art. 10 (v. art. 99, § 6º) e o art. 13 (v. art. 98, §§ 5º e 6º)" (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Advogado e a gratuidade de justiça*, in TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 25)

1.060/1950, pelos relevantes serviços que prestou, descansar em paz e de forma plena"[9].

A incorporação da gratuidade de justiça ao Novo Código de Processo Civil constitui medida legislativa extremamente positiva; primeiramente, porque acaba com a dualidade de fontes, que gerava conflitos entre a Lei nº 1.060/1950 e o CPC/1973; em segundo lugar, "a sistemática da gratuidade só tem a ganhar só tem a ganhar com a sua vinculação aos comandos fundamentais estampados no capítulo primeiro do CPC/2015, interessando principalmente o reforço aos princípios da boa-fé, cooperação e contraditório (arts. 5º a 7º, 9º, 10º) e, ainda, a obrigatória consideração dos fins sociais e exigências do bem comum na aplicação do ordenamento (art. 8º)" [10]; e, por fim, a produção doutrinária sobre o tema acabou sendo multiplicada, deixando a gratuidade de ocupar posição periférica no estudo do Direito Processual Civil.

Atualmente, não obstante subsistam disposições específicas sobre a gratuidade de justiça em outros diplomas normativos (que regulam os processos penal, trabalhista e administrativo), o Novo Código de Processo Civil se tornou a base normativa infraconstitucional primária do direito à gratuidade de justiça.

Justamente por isso, as disposições constantes do NCPC são aplicáveis não apenas ao processo civil, mas também aos processos eleitoral, trabalhista e administrativo, de forma supletiva e subsidiária (art. 15 do CPC/2015).

3.1. Extensão subjetiva da gratuidade de justiça

Segundo estabelecia o art. 2º, *caput*, da Lei nº 1.060/1950 (expressamente revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015), teriam direito à gratuidade de justiça apenas "os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho". Além disso, o parágrafo único do referido dispositivo previa a incidência da gratuidade de justiça em relação àquele cuja situação econômica não lhe permitisse "pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família".

O dispositivo vinha sendo objeto de críticas, pois gerava flagrante discriminação legislativa em relação aos estrangeiros não residentes no país, que acabaram não sendo contemplados pelo âmbito abstrato de incidência da norma. Ademais, os conceitos de "sustento próprio" e de "família" foram idealizados para serem aplicados apenas em relação às pessoas físicas, não guardando relação de harmonia e compatibilidade com as pessoas jurídicas.

Em redação mais moderna e simplificada, o art. 98, *caput* do CPC/2015 prevê que possui direito à gratuidade de justiça "a pessoa natural ou jurídica,

9. SOUSA, José Augusto Garcia. Op. cit., pág. 161.
10. SOUSA, José Augusto Garcia. Op. cit., pág. 161.

brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios".

Com isso, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que fazem jus à gratuidade de justiça tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas (com ou sem fins lucrativos), sejam brasileiras ou estrangeiras, mesmo que não possuam domicílio em território nacional. Outrossim, o legislador passa a utilizar a expressão "insuficiência de recursos", que possui raiz constitucional (art. 5°, LXXIV da CRFB) e denota maior acribologia normativa.

Igualmente solucionou-se a controvérsia a respeito da possibilidade de deferimento da gratuidade de justiça à pessoa jurídica, cujo amparo advinha do Enunciado n. 481 da Súmula do STJ. Agora, o art. 98, *caput* prevê indiscriminadamente o direito à gratuidade de justiça em relação à "pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios" [11].

Pensamos, inclusive, que esse raciocínio deve ser aplicado aos denominados entes despersonalizados, diante da possibilidade de ocuparem o polo ativo ou passivo da relação processual, postulando a tutela jurisdicional ou defendendo-se contra a pretensão movida por outrem, como corolário do acesso amplo à justiça (art. 5°, XXXV, da CRFB). O direito fundamental à assistência jurídica gratuita encontra-se assegurado no art. 5°, LXXIV da Constituição Federal, não tendo o referido dispositivo constitucional realizado qualquer distinção entre pessoas naturais, jurídicas ou formais[12].

3.2. Requisitos para obtenção da gratuidade de justiça

O Novo Código de Processo Civil rompeu a centenária linhagem conceitual sobre o tema da gratuidade de justiça e de forma inovadora, o seu art. 98 preceitua que possui direito à gratuidade de justiça "a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com *insuficiência de recursos* para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios".

A expressão "insuficiência de recursos" possui raiz constitucional (art. 5°, LXXIV da CRFB) e denota maior acribologia normativa, pois sintetiza con-

11. "Pouco importa a nacionalidade: brasileiros ou estrangeiros fazem jus, em tese, ao benefício. Quanto aos estrangeiros, pouco importa se são, ou não, residentes no Brasil. A exigência que constava do caput do art. 2º da Lei 1.060/1950, no sentido de que apenas os estrangeiros residentes no país poderiam gozar dos benefícios ali descritos, não vingou no texto do art. 98, o que é um avanço, visto que o estrangeiro, mesmo o não residente no país, estando em território nacional, tem, tanto quanto o brasileiro, assegurados os seus direitos fundamentais – a interpretação que se faz do caput do art. 5º da Constituição Federal é ampliativa." (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 59)

12. "Podem ser beneficiários da justiça gratuita a pessoa natural, a pessoa jurídica ou ainda o ente que, não sendo pessoa natural ou jurídica, tem personalidade judiciária (condomínio, massa falida, etc.). O texto do CPC vem deixar claro aquilo que, sob a égide da Lei 1.060/1950, exigiu algum esforço interpretativo por parte da doutrina e da jurisprudência." (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 57)

ceito genérico que guarda aplicabilidade abstrata em relação às pessoas físicas e jurídicas. Contudo, a ausência de especificação legislativa no que tange ao conteúdo jurídico da expressão acabou suscitando profunda controvérsia doutrinária: afinal, o que se deve entender por insuficiência de recursos?

Para parcela da doutrina, o conteúdo da locução "insuficiência de recursos" deve ser delimitado pelo art. 2°, parágrafo único da Lei n° 1.060/1950, que define necessitado como sendo "todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Embora tenha sido revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015, o dispositivo permaneceria substancialmente vivo para orientar a interpretação do novo diploma processual civil.

Nesse sentido, leciona o professor José Augusto Garcia de Sousa, em recente obra publicada sobre o tema:

> O art. 1.072, III do CPC/2015 revoga expressamente os arts. 2° e 4° da Lei 1.060/1950, para os quais necessitado é aquele que não tem como pagar custas e honorários "sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (texto do art. 2°, parágrafo único da Lei 1.060/1950; no mesmo sentido, mas com redação ligeiramente modificada, o art. 4°, *caput*, da mesma Lei).
>
> Um parênteses: não há dúvida de que a revogação alcança o parágrafo único do art. 2° da Lei 1.060/1950, embora não expressamente mencionado pela disposição revogadora – o art. 1.072, III –, que se refere apenas ao art. 2° da Lei 1.060/1950. Se se quisesse preservar o parágrafo único, a revogação teria sido especificamente do *caput* do art. 2°. Como não foi assim, entende-se revogados não só o *caput*, mas também o parágrafo único do art. 2° da Lei 1.060/1950.
>
> Suprime-se desse modo fórmula normativa extremamente antiga do nosso direito. O decreto 2.457 de 1897, que estruturou um serviço de assistência judiciária no Distrito Federal da época, acolhia toda pessoa que "estiver impossibilitada de pagar ou adiantar custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família". Também o art. 68 do CPC/1939 consignou a locução "sem prejuízo do sustento próprio ou da família".
>
> Em lugar da fórmula suprimida, o art. 98 do CPC/2015 vale-se da expressão constitucional "insuficiência de recursos" (art. 5°, LXXIV), que é mais genérica. Algo muda? Acredito que não. A locução empregada pela Lei 1.060/1950, pelo CPC/1939 e pelo ultravetusto Decreto 2.457/1897 não pode ser abandonada, por representar uma tentativa mínima de especificar o conceito de necessitado para fins de concessão da gratuidade.
>
> Enfim, mais acima falei de disposições da Lei 1.060/1950 que se manterão apenas formalmente em vigor, porque em essência já morreram. Aqui, curiosamente, ocorre o contrário: o parágrafo único do art. 2° e o caput do art. 4° da Lei 1.060 foram revogados, mas permanecerão substancialmente vivos. (SOUSA, José Augusto Garcia de. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer, Rio de Janeiro: Forense, 2016, pág. 163)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o professor Leonardo Greco apresenta o seguinte posicionamento, em edição atualizada de sua obra:

> Para definir os beneficiários da assistência judiciária, a Constituição utiliza as expressões "necessitados" (art. 134) e "os que comprovarem insuficiência de recursos". À insuficiência de recursos também se refere o artigo 98 do Código de 2015 como requisito do direito à gratuidade.
>
> A definição de necessitado se encontra no parágrafo único do artigo 2° da Lei n. 1.060/50, como "aquele cuja situação cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família". Mesmo revogado pelo art. 1.072 do Código de 2015, esse dispositivo oferece conceito que a meu ver sobrevive para delimitar conteúdo da ideia de "insuficiência de recursos". (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 438)

No entanto, não nos parece adequado interpretar o novo com os olhos no velho. Até porque, a tradicional expressão "sem prejuízo do sustento próprio ou da família" já vinha sendo objeto de duras críticas pela doutrina especializada.

Na verdade, ao abandonar a velha correlação existente entre a justiça gratuita e o comprometimento do sustento próprio ou da família pelo pagamento das despesas processuais (art. 2° do Decreto n° 2.457/1897; art. 68 do CPC/1939; e art. 2°, parágrafo único da Lei n° 1.060/1950), o Novo Código de Processo Civil instituiu um novo parâmetro abstrato de elegibilidade para o reconhecimento do direito à gratuidade. A partir de agora, não se exige mais que o indivíduo seja colocado na contingência de comprometer sua subsistência para que possa fazer jus à gratuidade. A expressão "insuficiência de recursos" abrange não apenas o necessário à manutenção física ou material do indivíduo e de sua família, mas também todo o necessário para que essas pessoas possam viver de acordo com a dignidade humana.

Com efeito, o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios não poderá impedir que o postulante e sua família tenham acesso às necessidades vitais básicas indicadas no art. 7°, IV da CRFB (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social)[13].

A análise do direito à gratuidade de justiça, assim, dependerá de um juízo de equidade, no qual deverão ser ponderados todos os rendimentos do postulante e seus razoáveis gastos pessoais e familiares, para que se constate se o saldo remanescente é suficiente para arcar com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, sem prejudicar o acesso às necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana[14].

13. VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 14.
14. "A lei não adota um valor mínimo de remuneração ou um outro critério objetivo para aferição da necessidade, que, se questionada, deverá ser objeto de um juízo de equidade, no qual o juiz pondere todos os ganhos e encargos do postulante, para verificar se, de acordo com o seu nível

Desse modo, a constatação da insuficiência de recursos depende da avaliação de dois fatores pessoais ou endógenos (rendimentos e despesas do núcleo familiar do postulante) e dois fatores jurisdicionais ou exógenos (despesas processuais e honorários advocatícios). Somente após o equacionamento desses fatores se revela possível constatar o enquadramento típico no art. 98 do CPC/2015.

A análise isolada do patrimônio daquele que pleiteia a concessão da gratuidade de justiça não constitui parâmetro sólido para se determinar a hipossuficiência econômica. Ser o requerente proprietário ou possuidor de casa própria, ou de pequeno patrimônio não é motivo para o indeferimento da gratuidade[15], pois não se mostra razoável exigir que o indivíduo se desfaça do teto que lhe fornece abrigo e proteção, ou que aliene os bens que lhe garantem o mínimo existencial para que consiga buscar judicialmente a defesa de seus direitos[16].

A afirmação de insuficiência de recursos constitui presunção de caráter relativo (*juris tantum*), extraída da norma insculpida art. 99, §3° do CPC/2015, plenamente compatível com o art. 5°, LXXIV, da CRFB.

Veja que ao assegurar o direito à "assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", o legislador constituinte não especificou a forma de realização dessa comprovação – e nem lhe caberia fazê-lo, por mais analítica que fosse a Constituição. Desse modo, restou atribuída à legislação infraconstitucional a tarefa de regulamentar a matéria, disciplinando o procedimento e a forma de demonstração da insuficiência de recursos.

Nesse diapasão, ao instituir o sistema de presunção *juris tantum* de hipossuficiência e ao prever que a demonstração da insuficiência de recursos se daria mediante simples alegação, o Novo Código de Processo Civil nada mais fez do que regulamentar a parte final do art. 5°, LXXIV, da CRFB.

Além disso, o sistema de presunção *juris tantum* de hipossuficiência estabelecido pelo art. 99, § 3° do CPC/2015 evita que o desprovido de fortuna seja submetido à constrangedora e humilhante exigência de provar a própria pobreza. Na verdade, essa invasão da esfera individual e essa exigência indiscriminada de demonstração da própria desgraça pessoal violam o princípio

social e econômico, está em condições de arcar com as despesas do processo." (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 438)

15. RT 967/71; RT 716/169; RT 590/226; RT 590/226.
16. "Não se exige miserabilidade, nem estado de necessidade, nem tampouco se fala em renda familiar ou faturamento máximos. É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. A gratuidade judiciária é um mecanismo de viabilização do acesso à justiça; não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo." (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 60). Em sentido semelhante: VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 15/16 / MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 86.

da dignidade humana, que impede a prática de toda e qualquer conduta que menospreze a estima que merecem as pessoas enquanto seres vivos.

Em última análise, portanto, o Novo Código de Processo Civil busca conciliar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CRFB) com a exigência probatória constante da parte final do art. 5°, LXXIV, da Constituição Federal, substituindo a vexatória prova de pobreza pela simples e digna alegação de insuficiência de recursos.

Ao analisar a questão, o emérito professor Leonardo Greco sintetiza que:

> Diante dessas disposições infraconstitucionais, pode-se pensar que o advento da Constituição de 1988 significou um retrocesso em matéria de assistência judiciária, ao exigir do seu beneficiário a comprovação de sua condição de necessitado. A doutrina e a jurisprudência, entretanto, não interpretam literalmente a parte final do inciso LXXIV do artigo 5° da Constituição. Isso porque, em primeiro lugar, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados são estabelecidos em padrões mínimos de proteção, o que não impede que a legislação infraconstitucional estabeleça regras mais benéficas; em segundo lugar, porque a prova da pobreza passou a ser considerada constrangedora ou humilhante para o necessitado, ou seja, entende-se que a prova própria da miséria de certo modo viola a dignidade humana, na medida que obriga o necessitado a expor todo o seu drama de vida, sua insuficiência de recursos. A presunção relativa decorrente da simples afirmação de ausência constitui um meio de prova, porque sujeita aquele que prestar declaração falsa à multa, no regime do Código de 1973, correspondente ao décuplo das custas (Lei n. 1.060/50, art. 4°, § 1°), e no regime do Código de 2015, comprovada a má-fé, à multa de até o décuplo das despesas processuais que tiver deixado de adiantar (Código de 2015, art. 100, parágrafo único), que excepcionalmente será receita do Estado, e não da parte contrária. O juiz não está obrigado a aceitar a alegação ou afirmação de insuficiência de recursos, em face de outra prova que o convença do contrário ou da ausência de qualquer prova para robustecê-la, se a considerar necessária em face da pouca credibilidade da situação alegada. (GRECO, Leonardo. Op. cit., pág. 440)

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia consagrado que o sistema de presunção *juris tantum* de hipossuficiência guardaria plena relação de compatibilidade com a Constituição Federal de 1988:

> Processo civil. Gratuidade de justiça. Pedido formulado pela parte. Indeferimento pelo tribunal *a quo*. Comprovação da hipossuficiência. Requisito não exigido pela Lei 1.060/1950. 1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a declaração feita pelo interessado, nos termos do artigo 4° da Lei 1.060/1950, de que sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de seu sustento e de sua família é suficiente para a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, não carecendo tal declaração de maior dilação comprobatória. 2. Agravo regimental improvido. (STJ – Sexta Turma – AgRg no Ag n° 1009703/RS – Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisão: 27-05-2008)

> Ação de impugnação de gratuidade de justiça. Deferimento do benefício. Declaração de insuficiência de recursos do requerente. Presunção *iuris tantum*. Desconstituição. Ônus da parte adversa. Veracidade não infirmada. Revolvimento de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n° 7/STJ. 1. Controvérsia que orbita em torno da concessão do benefício da gratuidade de justiça pelas instâncias de origem com base na declaração de insuficiência de recursos do impugnado, cuja veracidade não foi afastada apesar da contrariedade do impugnante. 2. No caso de concessão da assistência judiciária gratuita, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que basta a simples afirmação da parte de que não possui condições de arcar com as custas do processo, sem prejuízo próprio e/ou de sua família, cabendo à parte contrária, por se tratar de presunção relativa, comprovar a inexistência ou cessação do alegado estado de pobreza. 3. O Tribunal de origem, com base na análise do acervo fático-probatório dos autos, entendeu que o autor não poderia arcar com as custas processuais sem prejuízo do seu sustento ou de sua família, o que mostra inviável a revisão do acórdão por esta Corte, pois infirmar tal fundamento ensejaria o reexame de provas, procedimento defeso, em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula n° 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – Primeira Turma – AgRg no Ag 1289175/MA – Relator Min. Benedito Gonçalves, decisão: 17/05/2011)

Lamentavelmente, entretanto, o cenário cotidiano revela o aumento gradativo das exigências judiciais de comprovação da insuficiência de recursos para fins de concessão da gratuidade de justiça. Na grande maioria dos casos, embora reconheçam formalmente a presunção *juris tantum* de veracidade da hipossuficiência afirmada pelo interessado, os magistrados acabam afastando-a de maneira indiscriminada e determinando a apresentação de provas documentais, notadamente de declaração de imposto de renda ou de certidão demonstrando a isenção desse tributo, sob o argumento de que, diante das circunstâncias do caso concreto, é admissível a exigência de comprovação da insuficiência de recursos (art. 99, § 2° do CPC/2015)[17].

3.3. Alcance da gratuidade de justiça

A formação e desenvolvimento do processo, bem como a prática de seus diversos atos geram despesas que precisam ser cobertas por algum tipo de receita.

As *despesas concretas (ou variáveis)* derivadas do processo (distribuição, citação, provas periciais, etc.) são custeadas pelas respectivas partes, que devem realizar o recolhimento prévio antes da prática de cada ato. Por outro lado,

17. "Hoje, há juízes preocupados com o aparente excesso de pedidos de justiça gratuita e, segundo a lei de que cada ação provoca reação contrária, conferindo interpretação restritiva à lei, na tentativa de impedir que alguns espertos consigam injustamente o benefício reservado para a multidão de carentes. O procedimento é equivocado, porque as restrições virão fatalmente a prejudicar quem tem direito ao benefício: é melhor que se defiram pedidos dos que poderiam arcar com o custo do processo do que correr o risco de vedar o acesso ao favor constitucional de quem o merece." (VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 03).

as *despesas gerais (ou fixas)* decorrentes da administração da justiça (remuneração dos juízes, serventuários, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, manutenção dos órgãos jurisdicionais, etc.) são cobertas de maneira mista pelo Estado, através das receitas oriundas dos impostos gerais, e pelas partes, por meio dos tributos específicos incidentes sobre a utilização dos serviços judiciais – como as taxas judiciárias e as custas *stricto sensu*[18].

De acordo com o art. 82 do CPC/2015, o ônus do recolhimento antecipado das despesas processuais distribui-se entre as partes de acordo com o interesse de cada uma na prática de cada ato concretamente considerado[19]. Portanto, a parte que requerer a realização de diligência ou a prática de ato do qual resulte alguma despesa, deverá antecipar-lhe o pagamento.

Além disso, seguindo a regra do art. 82, § 1° do CPC, "incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica".

Em síntese, portanto, o autor deverá arcar com as custas iniciais, com a taxa judiciária inicial, com as despesas de todos os atos que requerer e, ainda, com os valores inerentes aos atos requeridos pelo Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, ou determinados de ofício pelo juiz; por sua vez, no polo oposto da relação processual, o réu será responsável apenas pelo custeio das despesas relativas aos atos que ele requerer ou praticar[20].

No entanto, a instauração e a continuidade do processo não podem permanecer condicionadas ao interesse arrecadatório do Estado; afinal, garantir o acesso à justiça é mais importante do que engordar a receita pública estatal[21].

Por essa razão, todo aquele que se encontrar impossibilitado de arcar com os encargos processuais, sem prejudicar as necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana, terá direito à gratuidade de justiça, restando dispensado de antecipar o pagamento de todo e qualquer valor necessário ao desenvolvimento válido do processo.

A abrangência do direito à gratuidade não sofreu grandes modificações pela nova legislação processual. Realizando a mera atualização do revogado art. 3° da Lei n° 1.060/50, o art. 98, § 1° do CPC/2015 prevê que a gratuidade de justiça compreende:

> Art. 98, §1° do CPC/2015: A gratuidade da justiça compreende:
>
> I – as taxas ou as custas judiciais;
>
> II – os selos postais;

18. GRECO, Leonardo. Op. cit., pág. 416/417.
19. GRECO, Leonardo. Op. cit., pág. 418.
20. GRECO, Leonardo. Op. cit., pág. 419.
21. GRECO, Leonardo. Op. cit., pág. 418.

> III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;
>
> IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;
>
> V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais;
>
> VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;
>
> VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;
>
> VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;
>
> IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

Apesar de extensa, a enumeração realizada pelo legislador deve ser qualificada como meramente exemplificativa, podendo o beneficiário da gratuidade de justiça ser dispensado de antecipar o pagamento de outras despesas não expressamente previstas no dispositivo[22].

De fato, o próprio art. 98, § 1°, VIII do CPC/2015 confirma o caráter meramente exemplificativo da enumeração, determinando a dispensa de demais pagamentos necessários "para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório". Além disso, o art. 9° da Lei n° 1.060/1950 (não revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015) assegura que "os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio", eliminando qualquer interpretação restritiva do art. 98, § 1° do CPC/2015.

Por derivar diretamente do art. 5°, incs. XXXV e LXXIV da CRFB, a gratuidade de justiça deve abranger toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos do hipossuficiente econômico, em juízo ou fora dele. Qualquer obstáculo monetário que impeça ou dificulte o acesso do hipossufi-

22. "De todo modo, os incisos do art. 98, § 1º, assim como a norma anterior contida na LAJ, representam uma enumeração meramente exemplificativa da abrangência da gratuidade, que decorre da garantia constitucional e não comporta limitação em sua extensão. A isenção, portanto, deve abranger todas as despesas para a prática ou eficácia de atos necessários ao acesso à justiça do hipossuficiente." (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Advogado e a gratuidade de justiça, in* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Advocacia*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 26)

ciente à justiça deverá ser removido pela gratuidade, garantindo-se a plena e constante marcha em busca da ordem jurídica justa.

Nesse sentido, posiciona-se Augusto Tavares Rosa Marcacini, em clássica obra sobre o tema:

> Não é necessário para que se considere isento do pagamento de determinada verba, a previsão expressa em lei ordinária, pois o princípio constitucional do art. 5°, inciso LXXIV, no sentido em que o constituinte o empregou, é bastante para isentar de todas as verbas, principalmente se interpretado em conjunto com outros princípios constitucionais.
>
> Assim, qualquer menção em lei acerca das isenções compreendidas pela gratuidade só pode ser interpretada como sendo uma enumeração exemplificativa, jamais taxativa. Esta é, pois, a interpretação que deve ser dada ao art. 3° da Lei n° 1.060/1950. É de se acrescentar que o art. 9° da mesma Lei dispõe que "os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias", o que é mais um argumento para confirmar este nosso entendimento., (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 36).

A rigor, depois dessa conceituação ampla e não exaustiva, nada mais seria necessário expor sobre a abrangência da gratuidade de justiça. Todavia, para que o leitor possa conhecer adequadamente as diversas espécies de despesas existentes no ordenamento jurídico nacional e a relação de cada uma delas com o direito à gratuidade de justiça, passaremos a categorizá-las didaticamente, examinando as principais nuances de cada filo.

3.4. Procedimento para obtenção, revogação e cassação da gratuidade de justiça

3.4.1. Deferimento da gratuidade de justiça - integral ou parcial

A regra geral no regime jurídico anterior a respeito da gratuidade de justiça era o tudo ou nada, ainda que o art. 13 da Lei n. 1.060/50 permitisse a figura da gratuidade parcial. Ou o Juiz deferia o benefício com a isenção plena das despesas processuais ou o requerimento de gratuidade de justiça era indeferido, obrigando a parte a arcar com o valor integral das despesas processuais.

O novo CPC andou bem nesse ponto, já que sempre poderemos encontrar situações limítrofes onde a parte não faça jus à dispensa integral do recolhimento das despesas do processo, por não ser em absoluto necessitada, e, ao mesmo tempo, não possua condições de arcar com a integralidade dos valores inerentes às prestações processuais, por serem desproporcionais aos seus rendimentos.

Nesses casos, o art. 98, § 5° do CPC/2015 prevê que "a gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento".

Isso é possível em virtude da divisibilidade do objeto, que pode ser fracionado e exigido apenas em parte do litigante cujos rendimentos moderados não lhe permitam arcar com a integralidade das despesas processuais.

Com efeito, poderá o magistrado (i) fixar percentual das despesas processuais a ser pago pelo litigante parcialmente necessitado antes da prática de cada ato processual, podendo este percentual variar de 1% até 99% (ex: juiz reconhece o direito à gratuidade de justiça parcial e determina que a parte deverá pagar apenas 30% das despesas processuais); ou (ii) determinar o pagamento de algumas despesas, que possam ser suportadas pela parte, e isentá-la do pagamento de outras, que não possam ser adimplidas em virtude de sua maior onerosidade (ex: juiz reconhece o direito à gratuidade de justiça parcial, determinado o recolhimento das custas iniciais e da taxa judiciária, e dispensa a parte do pagamento das despesas inerente à produção de determinada prova pericial considerada mais onerosa).

Não obstante o art. 98, § 5° do CPC/2015 não faça qualquer menção aos honorários sucumbenciais, estes também se encontram abrangidos pela gratuidade de justiça parcial, podendo o magistrado determinar o pagamento de apenas parcela da verba honorária devida à parte contrária. Este raciocínio decorre da própria acessibilidade à justiça, pois a não redução dos honorários sucumbenciais poderia fazer com que o receio causado pela possibilidade de derrota inibisse demasiadamente o exercício do direito de ação[23].

Além da dispensa individualizada e da redução percentual, características da gratuidade parcial, o NCPC permite a possibilidade de parcelamento das despesas processuais, estabelecendo que:

> Art. 98, § 6° do CPC/2015 Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

Embora o dispositivo tenha tratado unicamente do pagamento parcelado, a possibilidade de recolhimento das custas *lato sensu* ao final do processo já vinha sendo admitida pelo Superior Tribunal de Justiça[24], de modo que também deve abonada pela nova sistemática flexibilizadora do Código de Processo Civil de 2015[25].

Mesmo possuindo ampla utilidade e aplicabilidade prática, o direito ao pagamento parcelado ou postergado ainda não foi objeto de estudo apurado, seja por parte da doutrina ou mesmo pela própria jurisprudência, que ainda se confunde e derrapa ao analisar a matéria.

---

23. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 90/91.
24. STJ - Terceira Turma - RMS nº 13076/RS - Relator Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, decisão: 13-11-2001.
25. SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 166.

Antes de mais nada, é imprescindível ter em mente que o pagamento parcelado ou postergado não constitui favor ou benefício concedido pelo magistrado, mas autêntico direito subjetivo, que, embora não previsto expressamente em lei, deriva diretamente do art. 5°, XXXV, da CRFB.

Em relação aos pressupostos, entendemos que o indivíduo terá direito ao pagamento parcelado ou postergado desde que: (i) não seja titular do direito à gratuidade de justiça (total ou parcial); e (ii) se encontre incapacitado de realizar o recolhimento antecipado das despesas processuais, em virtude do comprometimento episódico de sua renda ou do alto valor das custas *lato sensu*.

No caso da gratuidade de justiça, a incapacidade econômica de arcar com o pagamento das despesas processuais decorre, normalmente, da reduzida remuneração auferida pelo indivíduo e/ou dos elevados gastos essenciais necessários à manutenção do núcleo familiar[26]. Nesse caso, o sujeito se qualifica como autêntico hipossuficiente econômico (art. 98, *caput* do CPC/2015), não possuindo condições de realizar o pagamento das despesas processuais – mesmo se parceladas ou postergadas – sem prejudicar o acesso às necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana. Com isso, a única providência jurídica capaz de possibilitar-lhe o efetivo acesso à justiça será a dispensa do pagamento das despesas processuais.

Por outro lado, no caso do pagamento parcelado ou postergado, a incapacidade econômica de antecipar as despesas processuais deriva, geralmente, do comprometimento episódico da renda do sujeito com gastos não essenciais e imoderados e/ou do alto valor das custas *lato sensu*.

3.4.2. *Modo de requerer a gratuidade de justiça*

Nos termos do art. 99 do CPC/2015, "*o pedido de gratuidade de justiça pode ser formulado na própria petição inicial, na contestação, na petição de ingresso de terceiro no processo ou em recurso*"[27].

Além disso, o pedido pode ser apresentado em qualquer outra fase processual, pois é perfeitamente possível que a parte, no momento da propositura da ação, do oferecimento da contestação ou do ingresso como terceiro interessa-

26. Muitas vezes a própria renda obtida pelo indivíduo já constitui indicativo seguro de sua hipossuficiência econômica, pois denota por si só sua incapacidade de suportar o pagamento das despesas processuais, sem prejudicar o acesso às necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana. Em outros casos, embora a remuneração do sujeito seja razoável, os elevados gastos essenciais do núcleo familiar impedem a adequada realização do recolhimento das despesas processuais (como, por exemplo, nos casos de famílias numerosas, ou de núcleos familiares que possuem dependentes que necessitam de cuidados especiais).

27. Segundo previa o art. 4º da Lei nº 1.060/1950, o pedido de gratuidade deveria ser formulado "na própria petição inicial". Como observa Augusto Tavares Rosa Marcacini, o dispositivo apresentava certa impropriedade, pois "ao dizer 'petição inicial' esqueceu-se o legislador que o réu, por óbvio, pode também requerer o benefício. O que se pode perceber, com isso, é que não houve grande apuro técnico ao elaborar-se a regra do art. 4º". (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 98)

do, disponha de condições econômicas para arcar com as despesas do processo e, posteriormente, sofra uma piora de sua saúde financeira. Nesse caso, sendo o pedido superveniente à primeira manifestação da parte, poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso (art. 99, § 1° do CPC/2015)[28].

Segundo determina o art. 5° da Lei n° 1.060/1950 (não revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015), após a formulação do pedido de gratuidade, o juiz "deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas". Julgar de plano significa decidir de imediato, sem que sejam determinadas diligências para melhor instruir o pedido[29]. Com isso, pretende o legislador fazer valer a presunção legal de hipossuficiência econômica constante do art. 99, § 3° do CPC/2015, estabelecendo expressamente que o direito à gratuidade de justiça deve ser reconhecido *incontinenti*, sem a necessidade de qualquer dilação probatória.

Importante observar que o magistrado não poderá indeferir a gratuidade de justiça sem antes conferir à parte requerente a oportunidade de comprovar a insuficiência de recursos alegada. Isso ocorre porque, militando em favor da pessoa física a presunção de hipossuficiência econômica, é compreensível que seu pedido venha, inicialmente, desacompanhado de qualquer elemento probatório. Justamente por isso, deve ser oportunizada a produção superveniente das provas que a lei havia anteriormente dispensado[30].

Em relação às pessoas jurídicas, entretanto, o raciocínio será completamente oposto. Como se espera que o requerimento formulado por pessoa jurídica venha acompanhado de provas documentais ou, ao menos, de pedido de produção de outras provas que demonstrem a insuficiência de recursos, nada

28. Pela expressa redação do art. 6º da Lei nº 1.060/1950, o pedido de gratuidade formulado no curso do processo deveria ser "autuado em apartado, apensando-se os respectivos autos aos da causa principal". No entanto, diante da presunção de necessidade gerada pela afirmação da hipossuficiência (Lei nº 7.510/1986), não havia qualquer razão que justificasse a adoção desse procedimento; na verdade, essa medida servia apenas para atrasar e dificultar o deslinde da causa principal, burocratizando demasiadamente a análise do direito à justiça gratuita. Por essa razão, em virtude da defasagem do dispositivo, passou o Novo Código de Processo Civil a determinar que o pedido fosse formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, sem suspender o seu curso.

29. VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 42.

30. "Acolhendo sugestão da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), o legislador de 2015 deixou consignado que ao juiz, antes de indeferir o pedido, cumpre 'determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos' (§ 2º do art. 99), cautela não mencionada pela Lei 1.060/1950. A disposição vale principalmente para a gratuidade requerida por pessoa natural, a quem basta a simples afirmação da insuficiência de recursos, que se presume verdadeira (§ 3º do art. 99). Sendo assim, ela não pode se ver surpreendida com um indeferimento de plano. Caso haja, 'nos autos', elementos que 'evidenciem' realidade diversa da afirmada, o ônus da prova se inverte, mas a parte deve ter a chance de se desincumbir desse ônus. Temos aí uma ótima aplicação do art. 10 do CPC/2015, que proíbe a chamada decisão-surpresa." (SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 168)

impede que o magistrado indefira de plano a gratuidade de justiça, quando não restar minimamente comprovada a hipossuficiência alegada.

Pode ocorrer, embora não seja comum, que para demonstrar sua insuficiência de recursos a parte requeira a produção de outras provas, distintas da tradicional prova documental. Caso haja a necessidade de produção de prova oral, poderá o juiz designar audiência especialmente para esse fim ou postergar a oitiva para o momento da celebração da própria audiência de instrução e julgamento.

Para que seja analisado o pedido de gratuidade pelo magistrado, não se mostra necessária a prévia colheita da manifestação da parte contrária. Embora seja diretamente afetada pelo reconhecimento do direito à justiça gratuita, sendo prejudicada pela isenção do pagamento das verbas sucumbenciais concedida ao beneficiário (art. 98, § 3° do CPC/2015), a parte contrária poderá oportunamente oferecer impugnação, nos termos do art. 100 do CPC/2015, requerendo a revogação ou a cassação da gratuidade. Por essa razão, nenhuma violação à ampla defesa e ao contraditório será cometida no reconhecimento *inaudita altera pars* do direito à gratuidade de justiça.

Em relação ao pedido formulado no curso do processo, deve ser este juntado aos autos principais e remetido para a análise do magistrado, não gerando a suspensão do curso processual.

Após a prolação da sentença, o pedido de gratuidade poderá ser requerido conjuntamente com a peça de interposição do recurso, estando o recorrente dispensado de comprovar o recolhimento do preparo. Nesse caso, o requerimento será analisado pelo relator do processo, no momento da realização do juízo de admissibilidade recursal no tribunal. Sendo indeferida a gratuidade, não poderá o relator declarar deserto o recurso, devendo abrir ao requerente oportunidade para recorrer da decisão denegatória ou para realizar o próprio recolhimento do preparo (art. 99, § 7° do CPC/2015)[31].

Sobre o tema, lecionam os professores Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, com sua peculiar didática:

> O requerimento de gratuidade pode ser formulado em momento posterior ao ingresso do interessado nos autos. Pode ser formulado até mesmo no recurso, qualquer que seja ele. Nesse caso, diz o § 7° do art. 99, o recorrente/requerente está dispensado de promover e comprovar o preparo até que o relator analise o pedido.
>
> A gratuidade ainda não foi deferida, sequer foi analisada; considerando, no entanto, a razão de ser do benefício – impedir que a insuficiência de recursos seja um óbice para o acesso à justiça –, o legislador autoriza que o preparo seja feito somente depois.
>
> A situação é idêntica à do sujeito que ajuíza a sua demanda e, já na inicial, faz o requerimento de gratuidade: a rigor, já teria que, com o protocolo da peça, efetuar o recolhimento da taxa judiciária e das despesas com citação,

31. STJ – Sexta Turma – AgRg no Ag nº 622403/RJ – Relator Min. Nilson Naves, decisão: 31-08-2005.

> mas o legislador autoriza que isso seja sobrestado até o momento em que for analisado o pedido de concessão do benefício. (...)
>
> Indeferida, pelo relator, a gratuidade, deverá ele fixar prazo para que o recorrente promova o preparo – aí, sim, sob pena de não conhecimento do recurso. Da decisão caberá agravo interno. Se ele for interposto, parece razoável aplicar aqui o disposto no § 1° do art. 101. Esse dispositivo confere ao recurso interposto contra a decisão que indefere a gratuidade uma espécie de efeito suspensivo provisório, permitindo que o requerente não seja compelido a efetuar o adiantamento até que o órgão a quem compete apreciar o recurso profira sua decisão." (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Benefício da Justiça Gratuita*, Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 75/76)

O Superior Tribunal de Justiça mantinha entendimento no sentido de que "na hipótese de o recorrente ser beneficiário da justiça gratuita, deve haver a renovação do pedido quando do manejo do recurso, uma vez que o deferimento anterior da benesse não alcança automaticamente as interposições posteriores" [32]. Com observam Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, "esse entendimento (i) violava, frontalmente, o art. 9° da Lei 1.060/1950, não revogado pelo CPC, segundo o qual 'os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias'; (ii) ao buscar justificativa na provisoriedade da situação que enseja o deferimento do benefício, terminava por criar, para o beneficiário, uma exigência não prevista em lei, qual seja, a de renovar periodicamente seu pedido, quando o correto seria presumir a manutenção da situação de hipossuficiência; (iii) violava, também frontalmente, o art. 13, p. único, da Lei 11.636/2007, segundo o qual 'prevalecerá no Superior Tribunal de Justiça a assistência judiciária já concedida em outra instância', assunto que sequer era enfrentado nos precedentes da Corte Superior; (iv) restringia um direito fundamenta do jurisdicionado (art. 5°, LXXIV, CF), quando o certo seria dar-lhe máxima eficácia" [33]. Felizmente, esse entendimento foi superado por novo precedente da Corte Especial, que passou a entender que não é necessário renovar o pedido de gratuidade em cada instância:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. EFICÁCIA EM TODAS AS INSTÂNCIAS E PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. DESNECESSIDADE. AGRAVO PROVIDO. 1. Uma vez concedida, a assistência judiciária gratuita prevalecerá em todas as instâncias e para todos os atos do processo, nos expressos termos do art. 9° da Lei 1.060/50. 2. Somente perderá eficácia a decisão deferitória do benefício em caso de expressa revogação pelo Juiz ou Tribunal. 3. Não se faz necessário para o processamento do recurso que o beneficiário

32. STJ – Corte Especial – AgRg no EAREsp nº 321.732/RS – Relatora Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, decisão: 16-10-2013.

33. DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 76/77.

> refira e faça expressa remissão na petição recursal acerca do anterior deferimento da assistência judiciária gratuita, embora seja evidente a utilidade dessa providência facilitadora. Basta que constem dos autos os comprovantes de que já litiga na condição de beneficiário da justiça gratuita, pois, desse modo, caso ocorra equívoco perceptivo, por parte do julgador, poderá o interessado facilmente agravar fazendo a indicação corretiva, desde que tempestiva. 4. Agravo interno provido, afastando-se a deserção. (STJ – AgRg nos EAREsp nº 86915/SP – Relator Min. RAUL ARAÚJO, decisão: 26-02-2015)

Por fim, poderá o pedido de justiça gratuita ser formulado, ainda, perante o STF (art. 62 do RISTF) ou STJ (art. 114 do RISTJ), devendo a gratuidade ser requerida ao presidente, antes da distribuição, ou ao relator do processo, nos demais casos.

Relevante sublinhar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão reconhecer o direito à gratuidade de justiça quando o benefício for requerido de forma incidental no processo (ex: X propõe Ação Indenizatória em face de Y, sendo o pedido condenatório julgado improcedente pelo juiz de primeiro grau; X interpõe Apelação e o Tribunal de Justiça nega provimento ao recurso, mantendo a decisão prolatada pelo juízo *a quo*; inconformado, X maneja Recurso Especial, com o objetivo de ver aplicada corretamente lei federal; no entanto, quando os autos já se encontram no STJ, X sofre uma abrupta mudança superveniente de sua condição econômica, tornando-se hipossuficiente. Nesse caso, poderá requerer a gratuidade de justiça diretamente perante o STJ, sendo o pedido analisado incidentalmente pelo relator nos autos do recurso interposto).

Entretanto, caso o pedido de gratuidade de justiça seja o próprio objeto do Recurso Extraordinário ou Especial interposto, a análise do mérito do pedido provavelmente esbarrará no óbice da Súmula nº 07 do STJ[34] ou da Súmula nº 279 do STF[35], que impedem o reexame de matéria fática pelos Tribunais Superiores (ex.: X requer a gratuidade de justiça ao juiz de primeiro grau, sendo o pedido indeferido em virtude da existência de provas que demonstram a abastada condição econômica do postulante; inconformado, X interpõe Agravo de Instrumento, sendo negado provimento ao recurso pelo Tribunal de Justiça; então, X maneja Recurso Especial alegando ofensa ao Código de Processo Civil. Nesse caso, como depende o STJ revolver matéria fática para analisar o direito à gratuidade de justiça, não poderá o recurso ser conhecido pela referida Corte)[36].

34. Súmula nº 07 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".
35. Súmula nº 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".
36. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., pág. 44/46.

3.4.3. *A impugnação à gratuidade de justiça*

De modo a evitar a infração ao princípio do contraditório, a outra parte poderá impugnar a gratuidade de justiça, nos termos do art. 100 do CPC/2015[37], requerendo a revogação ou a cassação do benefício[38].

A expressão "parte contrária" deve ser interpretada de forma ampla, compreendendo qualquer interessado que participe do processo, inclusive o Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei. Não há necessidade de que o impugnante se situe no polo oposto da relação processual; mesmo o litisconsorte de quem foi beneficiado pela gratuidade pode ter interesse em requerer a revogação ou cassação, haja vista a possibilidade de divisão das despesas processuais entre ambos (art. 87, § 2º do CPC/2015)[39].

Por outro lado, "estão excluídos de formularem a impugnação os que não fazem parte da relação jurídica de direito processual, muito embora o juízo de deferimento possa lhes trazer efeitos reflexos, tais como os auxiliares do juízo"[40].

A impugnação à gratuidade de justiça pode ter como fundamento duas situações distintas: inexistência inicial ou desaparecimento superveniente da condição de hipossuficiente. No primeiro caso, a gratuidade será revogada e no segundo cassada.

Tendo em vista a presunção estabelecida pelo art. 99, § 3º do CPC/2015 e as regras probatórias do art. 373 do CPC/2015, o ônus de provar a inexistência ou o desaparecimento da condição de hipossuficiência é do impugnante[41]. Essa regra constava expressamente do art. 7º da Lei nº 1.060/1950, que possibilitava ao à parte contrária requerer a revogação ou cassação da gratuidade de justiça, "**desde que prove** a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão"[42]. Embora a redação do dispositivo não tenha sido mantida no Novo Código de Processo Civil, a ideia continua sendo a mesma.

37. Importante observar, por oportuno, que no âmbito das ações de alimentos a impugnação a gratuidade de justiça é também regulada pelo art. 1º, § 4º, da Lei nº 5.478/1968.
38. "O contraditório acerca da gratuidade de justiça é, de acordo com o art. 100, postergado, isto é, ele pressupõe o deferimento do pedido." (BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 113)
39. VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 57.
40. CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit., pág. 72.
41. "Como existe presunção *juris tantum* da necessidade, com a simples alegação de pobreza feita pelo interessado, cabe à parte contrária o ônus de provar que o beneficiário não mais ostenta a qualidade de necessitado, requerendo a revogação do benefício." (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 479)
42. Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça havia consolidado o seguinte entendimento: "O Tribunal de origem concluiu que, uma vez ofertada impugnação ao pedido de justiça gratuita, tal incidente seria suficiente para inverter o ônus da prova aos requerentes, cabendo a estes a demonstração de que não possuem condições financeiras para ar-

Nesse sentido, lecionam Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, em obra recentemente publicada sobre o tema:

> Incumbe àquele que impugna o deferimento do benefício o ônus de provar que o beneficiário não fazia jus à dispensa ou que deixou de fazê-lo com o passar do tempo. Aplicam-se aqui as regras gerais sobre ônus da prova (art. 373, CPC).
>
> É possível que, antes ou durante o curso do processo, as partes celebrem negócio jurídico distribuindo de modo diverso seus ônus probatórios (art. 373, §§ 3° e 4°, CPC).
>
> Também é possível que o juiz, de ofício ou a requerimento, mas desde que atendidos os pressupostos do § 1° do art. 373 do CPC, distribua de outro modo o ônus probatório, atribuindo ao próprio beneficiário o encargo de provar a sua insuficiência financeira. É necessário que a inversão, devidamente fundamentada, seja efetuada em momento processual que permita à parte desincumbir-se do seu novo ônus. (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 86)

Para comprovar a inexistência ou o desaparecimento superveniente da condição de hipossuficiente, todos os meios de prova são admitidos, desde que idôneos a demonstrar a situação econômica incompatível com a gratuidade de justiça[43]. Caso seja necessária a produção de prova oral, poderá o juiz designar audiência especialmente para esse fim ou postergar a oitiva para o momento da celebração da própria audiência de instrução e julgamento.

Embora a lei se mostre omissa, após a apresentação da impugnação à gratuidade, deverá o impugnado se manifestar sobre as alegações do impugnante, em respeito à ampla defesa e ao contraditório (art. 10 do CPC/2015). Como o Código de Processo Civil não estabeleceu prazo, deve-se aplicar o prazo genérico de 05 (cinco) dias previsto pelo art. 218 do CPC/2015, em não sendo assinado outro pelo magistrado (art. 218, § 1° do CPC/2015).

Em relação ao momento adequado para o oferecimento da impugnação, o art. 100 do CPC/2015 admite seja a revogação ou cassação requerida "na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido

car com as despesas processuais. Ao considerar-se que cabe ao requerente da assistência judiciária gratuita provar sua condição de miserabilidade, foi olvidada a regra enunciada no art. 7º da Lei nº 1.060/1950, segundo a qual o ônus da prova sobre suposta inveracidade da declaração firmada pelo postulante incumbirá à parte adversa. Precedentes. Recurso especial conhecido em parte e provido." (STJ - Segunda Turma - REsp 1211838/SP - Relator Min. CASTRO MEIRA, decisão: 02-12-2010). Em sentido semelhante: STJ - Terceira Turma - AgRg no Ag 509905/RJ - Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, decisão: 29-11-2006.

43. "Embora não haja previsão específica a esse respeito, sendo necessária a produção de prova todos os meios serão admitidos, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. E somente após a produção de prova, quando necessária, será decidida a impugnação." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 161).

superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias".

Sendo assim, se a gratuidade foi reconhecida ao autor no início do processo, caberá ao réu impugná-la em preliminar na própria contestação (art. 337, XIII do CPC/2015); se reconhecida ao réu após pedido formulado na contestação, caberá ao autor impugná-la na réplica, se houver, ou no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data em que teve conhecimento do deferimento, quando não houver réplica; se deferida por pedido superveniente ou à terceiro, caberá impugnação por petição simples, no prazo de 15 (quinze) dias, contados, também, da tomada de conhecimento do deferimento da gratuidade.

Embora seja possível extrair do art. 100 do CPC/2015 que a impugnação deva ser oferecida na primeira oportunidade em que a contraparte se manifestar nos autos, após a prolação da decisão de reconhecimento do direito à gratuidade, também deverá ser admitida a impugnação a qualquer momento no curso do processo, se restar evidenciado o desaparecimento superveniente da condição de hipossuficiente do beneficiário, ou quando surgirem posteriormente elementos que demonstrem a inexistência inicial da alegada insuficiência de recursos. Nesse caso, a impugnação deverá ser oferecida no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data em que o impugnante tomou conhecimento dos fatos fundamentadores do pedido[44].

Em qualquer hipótese, a impugnação não suspende o curso do processo (art. 100 do CPC/2015), que deve continuar tramitando regularmente.

Com essa sistemática, o Novo Código de Processo Civil elimina a necessidade formal de apresentação de impugnação por intermédio de petição autônoma, como exigia o revogado art. 4°, § 2° da Lei n° 1.060/1950[45].

Analisando o procedimento da impugnação à gratuidade de justiça no Novo Código de Processo Civil, leciona o professor Augusto Tavares Rosa Marcacini, em recente artigo publicado sobre o tema:

> O NCPC suprimiu a multiplicidade de petições simultaneamente apresentadas pela mesma parte. Assim, do mesmo modo que eliminou a exceção de incompetência ou a impugnação ao valor da causa como peças autônomas,

44. "Pode ser que o beneficiário melhore a sua condição financeira durante o curso do processo; pode ser que, durante o curso do processo, chegue ao conhecimento do adversário o fato de que o beneficiário sempre gozou de boa saúde financeira. Sobrevindo algum fato que autorize a revogação do benefício, ou sobrevindo o conhecimento de um fato, mesmo que seja ele anterior ao deferimento do benefício, cabe à parte adversária apresentar a sua impugnação dentro de quinze dias contados de quando tomou conhecimento de sua existência. Poderá surgir discussão sobre a tempestividade da impugnação, mas o assunto será resolvido segundo as regras sobre ônus da prova com relação a quando se deu o fato superveniente ou o conhecimento superveniente do fato antigo." (DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 81).

45. "Ao contrário do que ocorria no regime da LAJ, a apresentação de impugnação não mais implica a formação de autos apartados (LAJ 6º e 7º par. ún.). O legislador parece ter querido que o trâmite fosse rápido e simples, cadência que poderia ser desestimulada com a formação do apenso." (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., pág. 479).

cabendo ao réu suscitar tais questões em preliminar de contestação, assim também será feita, pelo réu, a impugnação à gratuidade pleiteada pelo autor (v. art. 337, XIII). Se foi pedida pelo réu, a gratuidade poderá ser impugnada pelo autor em réplica; se em recurso, impugna-se nas contrarrazões; ou, feito o pedido a qualquer tempo, a parte contrária poderá impugná-lo também por petição simples, nos próprios autos, a ser apresentada em 15 dias, tudo conforme o disposto no art. 100.

Não parece razoável, entretanto, considerar que esses momentos para a apresentação da impugnação sejam preclusivos, pois a questão suscitada pelo adversário pode ser fundada na perda da condição de necessitado durante o curso do processo, ou na ciência posterior de fatos que, embora preexistentes, demonstrem o descabimento da isenção. Nesse sentido, era mais claro e preciso o disposto no art. 7° da LAJ. Assim, não se descarta a apresentação de impugnação, por petição simples, a qualquer tempo, fundada nesses motivos, eis que há interesse público em não se conceder a gratuidade a quem evidentemente não a mereça. (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Advogado e a gratuidade de justiça*, *in* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Advocacia*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 28/29).

Embora a impugnação à gratuidade fundada na mudança superveniente da condição econômica do beneficiário possa ser oferecida em qualquer fase processual, isso não significa que o mesmo pedido de revogação ou cassação possa ser sucessivamente reiterado pelo impugnante ao longo do processo. Realizada a impugnação e sendo esta indeferida, resta vedada a renovação do pedido com base nos mesmos argumentos anteriormente rejeitados.

Se o pedido de gratuidade for veiculado no momento da interposição do recurso, a impugnação deverá ser oferecida nas contrarrazões (art. 100 do COC/2015). Nesse caso em específico, a impugnação será apresentada antes de reconhecido o direito à gratuidade, que somente será analisado pelo relator do processo no tribunal (art. 99, § 7° do CPC/2015).

Se a impugnação for oferecida nas contrarrazões do recurso, deverá preferencialmente ser instruída com a documentação necessária para ilidir a presunção de hipossuficiência estabelecida no art. 99, § 3° do CPC/2015; no entanto, caso seja necessária a colheita de prova oral, poderá o tribunal baixar os autos para diligências ou expedir a competente carta de ordem[46].

46. Dissertando sobre o processamento da impugnação à gratuidade perante o Tribunal de Justiça, leciona o Desembargador Maurício Vidigal, com seu particular conhecimento prático sobre a matéria: "Em segunda instância, o relator do processo poderá de ofício revogar o benefício, colhendo a manifestação anterior da parte, salvo se o regimento interno do tribunal a que pertencer dispuser de forma diversa. Em regra, é ao relator como juiz preparador que compete proferir decisão dessa espécie. Assim como em primeira instância a revogação pode ser incluída no corpo da sentença, também a câmara poderá no acórdão agir da mesma forma, sempre ouvindo antes o interessado sobre as razões que recomendam a medida. É comum ela ser pleiteada de forma imprópria dentro de razões de apelação ou de contrarrazões. No primeiro caso, seu exame é possível desde que na sentença apelada haja decisão sobre a matéria. Nas outras hipóteses, essa pretensão não deve ser conhecida." (VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 63)

O não oferecimento da impugnação acarreta à parte adversária a preclusão temporal da possibilidade de discutir o reconhecimento do direito à gratuidade de justiça, mas não impede a revogação de ofício (art. 8° da Lei n° 1.060/1950).

Importante observar que, superadas as vias ordinárias, não será admissível a formulação de impugnação à gratuidade de justiça perante o STF e o STJ, enquanto pendente de exame recursos extraordinário e especial. Isso porque o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 63, parágrafo único)[47] e do Superior Tribunal de Justiça (art. 114, §2°)[48] determinam a prevalência da gratuidade de justiça já reconhecida em outras instâncias. Além disso, essas instâncias nos processos comuns apenas analisam matérias de direito, não cabendo avaliar a matéria fática que envolve a questão da gratuidade[49].

Por fim, após o trânsito em julgado da sentença não será mais admissível o oferecimento da impugnação à gratuidade, tendo em vista o encerramento da relação processual. Nesse caso, como não há mais processo em curso, o interesse em demonstrar a capacidade econômica da parte contrária apenas existirá na hipótese de sucumbência do beneficiário da gratuidade de justiça, ocasião em que a sentença o condenará ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (art. 85 do CPC/2015) e suspenderá a exigibilidade do crédito pelo prazo de 5 anos (art. 98, § 3° do CPC/2015). Se dentro desse período o beneficiário perder a condição de hipossuficiente, poderá a parte contrária promover a execução do crédito sucumbencial, indicando na inicial executiva que o devedor sucumbente passou a apresentar condições econômicas de arcar com o pagamento dos referidos valores, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. Por outro lado, havendo o decurso do prazo quinquenal sem que o beneficiário sucumbente perca a condição de hipossuficiente, o crédito se tornará definitivamente inexigível.

Sendo assim, conclui-se que, após o trânsito em julgado, o direito à gratuidade de justiça não mais será objeto de discussão por intermédio de impugnação, devendo ser eventualmente questionado na própria fase executiva.

3.4.4. A revogação/cassação da gratuidade de justiça

Tanto a revogação quanto a cassação da gratuidade de justiça poderão ser decretadas de ofício pelo juiz ou tribunal, desde que reste evidenciado nos autos o desaparecimento ou a inexistência inicial da condição de hipossuficiente econômico (art. 8° da Lei n° 1.060/1950, não revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015).

47. Art. 63, parágrafo único do RISTF: "Prevalecerá no Tribunal a assistência judiciária já concedida em outra instância."

48. Art. 114, § 2º do RISTJ: "Prevalecerá no Tribunal a assistência judiciária já concedida em outra instância."

49. VIDIGAL, Maurício. Op. cit., pág. 58.

Como observam Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, "o julgador não pode revogar o benefício apenas porque se arrependeu de tê-lo concedido ou porque, em razão da alteração subjetiva na composição do órgão jurisdicional, houve uma mudança de pensamento (por exemplo, se o benefício foi concedido por um juiz substituto, o juiz titular não pode, depois, revogá-lo)"[50]. De acordo com o art. 505 do CPC/2015, "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas".

Em qualquer circunstância, antes de decretar a revogação ou a cassação da gratuidade, o magistrado deve oportunizar a manifestação da parte contrária, no prazo de 48 horas (art. 10 do CPC/2015 c/c art. 8º da Lei nº 1.060/1950, não revogado pelo art. 1.072, III do CPC/2015).

Contra a decisão que aprecia o benefício da gratuidade de justiça, o novo CPC traz regramento próprio a respeito da impugnação recursal, rompendo o paradigma ultrapassado da Lei n. 1.060/50.

Para que se realize a adequada identificação do recurso cabível para impugnar determinada decisão, antes de mais nada se deve identificar a natureza do provimento judicial impugnado.

De acordo com os professores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, "toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, sem extingui-lo, ou sem extinguir a fase processual de conhecimento ou de liquidação, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória"[51].

Por sua vez, sentença é o "pronunciamento do juiz que contém alguma das matérias do CPC 485 ou 487 e, ao mesmo tempo, extingue o procedimento comum ou a execução"[52].

Dessa forma, para que se classifique como sentença, o ato decisório deverá (i) conter uma das matérias previstas nos art. 485 ou 487 do CPC/2015 e, cumulativamente, (ii) extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução.

Se o pronunciamento for proferido no curso do processo, sem colocar termo à relação processual, deverá ser definido como decisão interlocutória, mesmo que contenha alguma das matérias elencadas nos arts. 485 e 487 do CPC/2015. Como exemplo, podemos citar a hipótese de exclusão de litisconsorte, em virtude de sua ilegitimidade (art. 485, VI do CPC/2015); nesse caso, mesmo julgando a causa em relação ao litisconsorte excluído, a decisão será classificada como interlocutória, pois o processo continua em relação ao outro litisconsorte[53]. Em outra hipótese, será também interlocutória a decisão que indefere parcialmente a inicial, por reconhecer a decadência de um dos pedidos

50. DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 88.
51. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 722.
52. NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., pág. 719.
53. Nesse sentido: STJ - Segunda Turma - REsp nº 675885-PR - Rel. Min. ELIANA CALMON, decisão: 21-04-2006 / STJ - Quarta Turma - AgRgAg nº 511964-SP - Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JU-

cumulados; isso porque, embora tenha resolvido o mérito de um dos pedidos ao reconhecer decadência (art. 487, II do CPC/2015), o processo irá prosseguir, com a citação da parte ré para responder aos outros pedidos iniciais.

Diante disso, a decisão que deferir ou indeferir o pedido de gratuidade de justiça *initio litis*, ou que reconhecer, revogar ou cassar o direito à gratuidade no curso do processo será sempre classificada como interlocutória, pois o juiz resolve questão incidente sem extinguir o processo ou fase processual de conhecimento.

O sistema processual civil estabelece simétrica correspondência entre a natureza do ato judicial recorrível e o recurso contra ele cabível: (i) da sentença caberá apelação (art. 1.009); (ii) da decisão interlocutória caberá agravo (art. 1.015); e (iii) o despacho será irrecorrível (art. 1.001).

Sendo assim, por possuir a decisão que resolve a questão da gratuidade de justiça natureza jurídica de decisão interlocutória, deverá ser impugnada por intermédio de agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na própria sentença, contra a qual caberá apelação[54].

Contudo, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o cabimento do agravo de instrumento ficou limitado às situações expressamente previstas em lei. Por essa razão, a interposição de agravo de instrumento somente será cabível em relação às decisões interlocutória denegatórias do direito à gratuidade de justiça – não reconhecimento, revogação ou cassação (art. 101 c/c art. 1.015, V do CPC/2015). Passa a ser irrecorrível a decisão que reconhecer o direito à gratuidade de justiça (*initio litis* ou no curso do processo), sendo apenas admissível que a questão seja suscitada como preliminar em eventual recurso de apelação (art. 1.009, § 1º do CPC/2015)[55].

Nesse sentido, leciona Rafael Alexandria de Oliveira, em recente artigo publicado sobre o tema:

> A decisão que indefere ou revoga o benefício da gratuidade no primeiro grau é impugnável por agravo de instrumento (art. 101, caput, e art. 1.015, V, CPC); se o indeferimento ou a revogação ocorrerem na sentença, constituirão capítulo autônomo e o recurso cabível será a apelação.

NIOR, decisão: 18-09-2003 / STJ - Quarta Turma - REsp nº 162151-SP - Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, decisão: 30-04-1998.

54. Isso porque, para efeitos de recorribilidade, não se admite a divisão da sentença por capítulos. Embora a decisão resolva a questão da gratuidade de justiça e também as questões de mérito discutidas no processo, o recurso cabível contra ela será apenas o de apelação. Uma só sentença; um só recurso.
55. "O deferimento da gratuidade de justiça, a princípio, não admite agravo, mas se inclui nas questões que, não cobertas pela preclusão porque irrecorríveis por essa via recursal, podem ser objeto de apelação, segundo dispõe o art. 1.009, §1º". (MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Advogado e a gratuidade de justiça*, *in* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Advocacia*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 29)

Além de determinar o recurso cabível contra a decisão interlocutória que indefere ou revoga o benefício, a regra que decorre do art. 101 é sobremaneira importante para deixar claro que, se o beneficiário não interpuser agravo de instrumento contra tal decisão, haverá preclusão do assunto, que não poderá ser rediscutido em preliminar de apelação (art. 1.009, § 1°, CPC) ou de contrarrazões de apelação. (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Aspectos Procedimentais do Benefício da Justiça Gratuita*, *in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 674)

Por fim, no caso de gratuidade de justiça originariamente requerida em sede de recurso, sendo indeferido o pedido pelo relator do processo, a decisão monocrática será impugnável por intermédio de agravo interno.

3.4.5. Da condenação do beneficiário da gratuidade de justiça no caso de sucumbência

Vigora atualmente no sistema processual civil brasileiro o princípio da sucumbência, segundo o qual o vencido[56] deve suportar todos os gastos oriundos do processo. Essa regra encontra-se expressa nos arts. 82, § 2° e 85 do CPC/2015, que estabelecem:

> Art. 82, § 2°: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.
>
> Art. 85: A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

A parte vencida, portanto, deve suportar fundamentalmente duas obrigações geradas pela sucumbência: (i) o pagamento das despesas processuais antecipadas pela parte vencedora (custas judiciais, taxa judiciária, honorários periciais etc.); e (ii) o pagamento dos honorários advocatícios devidos à parte contrária.

Sendo uma das partes beneficiária da justiça gratuita, a qualidade de hipossuficiente ostentada pelo litigante ocasionará importantes repercussões na seara sucumbencial – seja ele vencedor ou vencido ao final do processo.

Caso o necessitado econômico venha a ser vencedor na demanda, a parte contrária deverá ser condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, seguindo normalmente a regra dos arts. 82, § 2° e 85 do CPC/2015. Após o trânsito em julgado da sentença, os honorários advocatícios serão revertidos em favor do prestador da assistência jurídica gratuita

56. Ao explicar o conceito jurídico de vencido, os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam: "Vencido é o que deixou de obter do processo tudo o que poderia ter conseguido. Se pediu x, y e z, mas conseguiu somente x e y, é sucumbente quanto a z. Quando há sucumbência parcial, como no exemplo dado, ambos os litigantes deixaram de ganhar alguma coisa, caracterizando-se a sucumbência recíproca." (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 431)

(Súmula n° 450 do STF)[57] e as despesas processuais serão recolhidas em favor de seu destinatário original[58]; não será aplicada na hipótese a tradicional regra que determina o reembolso das despesas processuais ao vencedor da demanda, pois sendo beneficiário da justiça gratuita não poderá ser ressarcido por aquilo que não adiantou.

Por outro lado, quando o beneficiário da justiça gratuita restar vencido na causa, ele deverá ser condenado regularmente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (arts. 82, § 2° e 85 c/c art. 98, §2° do CPC/2015), sendo aplicada, entretanto, a norma do art. 98, § 3° do CPC/2015.

3.5. A gratuidade de justiça para atos extrajudiciais e sua impugnação

De acordo com o art. 98, §1°, IX do CPC/2015, a gratuidade da justiça compreende "os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido".

Com isso, o Novo Código de Processo Civil positiva a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já vinha reiteradamente admitindo que a gratuidade de justiça reconhecida no curso do processo seria extensível aos serviços extrajudiciais necessários à efetivação de decisão judicial ou à continuidade do processo, sendo desnecessária a nova postulação perante os cartórios (ex: registro de sentença de usucapião, registro de penhora de bem imóvel, averbação de sentença de divórcio, etc.)[59]. *In verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA CONCEDIDA JUDICIALMENTE. EXTENSÃO AOS SERVIÇOS REGISTRAIS E NOTARIAIS RESPECTIVOS, NECESSÁRIOS AO PLENO CUMPRIMENTO DO JULGADO. EXECUTIVIDADE E EFETIVIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. 1. A gratuidade de justiça concedida em processo judicial deve ser estendida, para efeito de viabilizar o cumprimento de decisão do Poder Judiciário e garantir a prestação jurisdicional plena, aos atos extrajudiciais

57. Súmula nº 450 do STF: "São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita."

58. Enunciado nº 18 do Aviso nº 17/2006 do FETJ: "Na hipótese em que a parte autora, beneficiária da gratuidade, vencer a demanda, as custas, taxa judiciária e demais despesas judiciais devem ser cobradas do réu vencido, que recolherá o respectivo valor por meio de GRERJ, e não juntamente com o depósito judicial em favor da autora, posto não ter esta direito ao ressarcimento do que não adiantou."

59. "O registro da sentença é ato de sua execução, que contempla a eficácia da sentença e a realização do direito subjetivo, e que a aceitação do exercício da delegação de registro compreende a assunção dos deveres previstos pela lei, entre eles, o de realizar atos de ofício sem cobrar emolumentos." (VIDIGAL, Maurício. Op. Cit., pág. 28/29).

de notários e de registradores respectivos, indispensáveis à materialização do julgado. Essa orientação é a que melhor se ajusta ao conjunto de princípios e normas constitucionais voltados a garantir ao cidadão a possibilidade de requerer aos poderes públicos, além do reconhecimento, a indispensável efetividade dos seus direitos (art. 5°, XXXIV, XXXV, LXXIV, LXXVI e LXXVII, da CF/1988), cabendo ressaltar que a abstrata declaração judicial do direito nada valerá sem a viabilidade da sua execução, do seu cumprimento. 2. A execução do julgado, inegavelmente, constitui apenas uma fase do processo judicial, nela permanecendo intacta a gratuidade de justiça e abrangendo todos os serviços públicos pertinentes à consumação do direito judicialmente declarado. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – Segunda Turma – AgRg no RMS n° 24557/MT – Relator Min. CASTRO MEIRA, decisão: 07-02-2013)

Sendo judicialmente reconhecido o direito à justiça gratuita, a parte economicamente necessitada deverá ser dispensada não apenas do recolhimento das despesas judiciais, mas também do pagamento dos emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário ao prosseguimento ou deslinde do processo.

Para tanto, é absolutamente desnecessário que a parte requeira ao notário ou ao registrador qualquer espécie de ratificação da gratuidade concedida judicialmente. Como observa Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira, "basta que haja comprovação de que o benefício foi concedido judicialmente, o que se pode fazer por meio de certidão expedida pela secretaria do órgão jurisdicional ou mediante a apresentação de cópia dos autos, com declaração de autenticidade prestada pelo advogado/defensor da parte" [60].

Justamente por isso, notários e registradores não poderão exigir o cumprimento das formalidades cartorárias inerentes ao reconhecimento do direito à gratuidade de justiça nas serventias extrajudiciais, mormente a declaração de insuficiência de recursos (art. 99, §3° do CPC/2015 c/c art. 30, § 2° da Lei n° 6.015/1973); afinal, o direito à gratuidade de justiça já restou judicialmente reconhecido, cabendo ao oficial de registro ou de notas simplesmente cumprir a determinação judicial e realizar gratuitamente o ato cartorário.

Se não existir no Estado-membro ou Distrito Federal qualquer mecanismo de compensação pelos atos cartorários praticados gratuitamente, deverá ser aplicado analogicamente o disposto no art. 95, §§ 3° a 5° do CPC/2015. Nesse caso, deverá o magistrado, na sentença, certificar o crédito a que faz jus o notário ou registrador e dar-lhe ciência, por ofício, do trânsito em julgado (art. 98, §7° c/c art. 95, §4° do CPC/2015). Essa decisão valerá como título executivo judicial, podendo o notário ou registrador cobrar seu crédito em face do sucumbente. Caso o vencido seja beneficiário da gratuidade de justiça, os emolumentos poderão ser pagos com recursos alocados no orçamento do Esta-

60. DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., pág. 42.

do ou do Distrito Federal, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva (art. 98, §7° c/c art. 95, §3° do CPC/2015)[61].

Conforme analisado anteriormente, o art. 98, §1°, IX do CPC/2015 determina que a gratuidade reconhecida judicialmente seja estendida aos "emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido".

No entanto, com o claro objetivo de poupar os notários e registradores, o Novo Código de Processo Civil acabou criando uma autêntica assombração processual[62]. De forma inusitada, o art. 98, §8° do CPC/2015 prevê que sendo necessária a prática de ato notarial ou registral para a efetivação de decisão judicial ou para garantir a continuidade de processo no qual tenha sido reconhecido o direito à gratuidade de justiça, o notário ou registrador, após praticar o ato, poderá requerer ao juízo competente para decidir questões notariais a revogação total ou parcial do benefício, bem como sua substituição pelo pagamento parcelado, sempre que houver fundada dúvida quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão da gratuidade em relação aos emolumentos cartorários. Haverá, então, a formação de novo processo judicial, sendo o beneficiário da gratuidade de justiça citado para manifestar-se no prazo de 15 dias. Em seguida, juízo diverso daquele que reconheceu originalmente o direito à justiça gratuita poderá cindir a cognição e afastar a incidência da gratuidade em relação aos emolumentos cartorários.

61. "Não havendo mecanismo de compensação, o serviço notarial ou registral deve ser feito, na medida do possível, por servidores do próprio judiciário (a autenticação de documentos e o reconhecimento de firma, por exemplo, podem ser feitos pelo diretor de Secretaria) ou à custa do Estado ou do Distrito Federal, conforme regulado em lei própria. Caso isso ocorra, 'o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos' com o ato praticado 'ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário da gratuidade de justiça, o disposto no art. 98, §2º' – esta parece ser a melhor forma de adequar o disposto no §4º do art. 95 à situação específica dos emolumentos. Perceba que a execução de que fala o §4º é aquela promovida pela Fazenda Pública que suportou o custo dos emolumentos devidos pela atividade desenvolvida no interesse do beneficiário da gratuidade. Como último passo, caso não exista mecanismo de compensação nem haja lei específica que preveja o custeio dos emolumentos pelo ente público estadual ou distrital, a solução é que o crédito do delegatário, decorrente do ato notarial ou registral praticado no interesse do beneficiário da gratuidade, seja certificado na decisão final, que servirá ao delegatário como título executivo judicial (art. 515, V, CPC)." (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Extensão do benefício da justiça gratuita aos emolumentos devidos a notários e registradores, in* PAULINO, Roberto. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Notarial e Registral*, Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 119/120)

62. SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 165.

Em poucas palavras, o art. 98, §8° do CPC/2015 fragiliza o direito de acesso à justiça, subverte as regras de distribuição de competência e compromete a própria eficiência da tutela jurisdicional[63].

Pelo menos, o art. 98, §8° do CPC/2015 possui um aspecto positivo: assegura a prévia prática do ato notarial ou registral[64]. Segundo dispõe expressamente o dispositivo, para que seja promovida a impugnação da extensão da gratuidade de justiça às despesas extrajudiciais, primeiramente deve o notário ou registrador "praticar o ato" cartorário; somente "após" poderá ser promovida a competente impugnação.

Essa ressalva normativa constitui importante mecanismo de salvaguarda dos interesses do beneficiário da gratuidade de justiça, pois a protelação da prática do ato notarial ou registral poderia acabar induzindo o hipossuficiente econômico a pagar, mesmo sem ter recursos suficientes para suportar o peso dos emolumentos.

Além disso, a impugnação da extensão da gratuidade de justiça depende da demonstração, pelo notário ou registrador, da existência de "dúvida fundada quanto ao preenchimento **atual** dos pressupostos para a concessão de gratuidade". Sendo assim, o notário ou registrador deverá comprovar a ocorrência de mudança superveniente da condição econômica do beneficiário da gratuidade de justiça, demonstrando que atualmente ele possui recursos suficientes para arcar com o pagamento dos emolumentos cartorários, sem prejudicar o acesso às necessidades vitais básicas inerentes à dignidade humana.

Sendo julgada procedente a impugnação, a decisão de revogação da gratuidade de justiça produzirá efeitos unicamente para o ato notarial ou registral, "porque não se concebe que o juízo competente para decidir questões notariais ou registrais possa revogar totalmente a decisão concessiva da gratuidade de justiça proferida pelo juízo no qual o processo tramita"[65].

A propósito, a competência para decidir a impugnação da extensão da gratuidade de justiça tem gerado profundas críticas por parte da doutrina[66].

63. De acordo com Thaís Boia Marçal, "a instituição de procedimento de dúvida no art. 98, §8º, do NCPC implica violação a princípios constitucionais, sendo flagrante a inconstitucionalidade por violação aos princípios do acesso à justiça, da eficiência, da duração razoável do processo e da proibição de retrocesso social". (MARÇAL, Thaís Boia. *A Inconstitucionalidade do Procedimento de Dúvida à Gratuidade de Justiça*, *in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 742).

64. SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 165.

65. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 156.

66. "A competência para decidir o pedido pela revogação total, parcial ou pelo parcelamento do pagamento deve suscitar interessantes debates, porque o pedido deve ser dirigido ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais e não ao juízo no qual a gratuidade foi concedida. Dessa forma, poderemos ter juízo do mesmo grau jurisdicional em conflito, prevalecendo nesse caso a decisão do juízo a decidir sobre a conveniência da concessão da gratuidade." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., pág. 156).

Isso porque a impugnação deve ser dirigida ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, e não ao juízo que originalmente reconheceu o direito à gratuidade de justiça. Dessa forma, o dispositivo cria "uma anômala instância recursal, ou melhor, rescisória"[67], possibilitando que um juiz de mesmo grau hierárquico realize a revisão da matéria e afaste em relação aos emolumentos cartorários a gratuidade de justiça anteriormente reconhecida.

Seguindo essa linha de raciocínio, critica o professor Nagib Slaibi Filho, com sua peculiar proficiência:

> O § 8° do art. 98 absurdamente cinde a competência funcional do juízo em que tramitou a causa e que concedeu a gratuidade dos serviços judiciários, pois permite ao notário ou registrador se dirigir a outro juiz, em processo principal também de jurisdição voluntária, competente para as questões notariais ou registrais, e pedir a revogação total ou parcial da gratuidade ou o parcelamento referido no § 6°.
>
> Pasmem-se com a imanente contradição de tais previsões legislativas, que levam à abertura de processo principal, de procedimento de jurisdição voluntária, para o qual o assistido deve ser citado!
>
> Então o juízo de idêntica hierarquia do Juízo em que tramitou a causa ganha competência funcional para cindir a cognição e decidir sem que se vincule ao que foi anteriormente deferido por outro juiz!
>
> E o § 8° simplesmente ignora a regra geral do § 3° do art. 55 do NCPC: Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. (SLAIBI FILHO, Nagib. *A Constituição e a Gratuidade de Justiça no CPC de 2015*, *in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 603/604)

Outra questão controvertida tem sido determinar a natureza do procedimento de impugnação da extensão da gratuidade de justiça reconhecida judicialmente aos emolumentos devidos a notários ou registradores (art. 98, §8° do CPC/2015).

De acordo com parcela da doutrina, a impugnação da extensão da gratuidade de justiça seria procedimento análogo à suscitação de dúvida (arts. 115, parágrafo único, 198 a 204, 216-A, 280 §5° e 296 da Lei n° 6.015/1973, art. 18 da Lei n° 9.492/1997 e art. 38, § 2° da Lei Estadual n° 3.350/1999)[68]. Esse raciocínio possui fundamento na própria literalidade do art. 98, §8° do

67. SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 165.

68. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o art. 38, § 2º da Lei Estadual nº 3.350/1999 prevê que "nos casos de solicitação de gratuidade, excetuando-se os registros de nascimento e óbito, o notário ou registrador, em petição fundamentada, em 72 (setenta e duas) horas da apresentação do requerimento, poderá suscitar dúvida quanto ao referido benefício ao Juízo competente, a qual será dirimida também em igual prazo".

CPC/2015, que admite a impugnação quando houver "**dúvida fundada** quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade".

Segundo Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento, a dúvida é a forma pela qual "o serventuário de justiça, diante de incerteza quanto à prática ou não de ato que lhe é imposto pelo ordenamento jurídico, submete-o à prévia apreciação judicial, para que se determine ou decida, formalmente, qual a orientação a ser tomada ou como o ato deve ser praticado"[69].

No caso da justiça gratuita, o procedimento previsto no art. 98, §8° do CPC/2015 seria uma forma encontrada pelo legislador para viabilizar ao notário ou registrador o esclarecimento de "dúvida fundada" quanto aos pressupostos atuais para a concessão da gratuidade cartorária.

Por possuir natureza administrativa (art. 204 da Lei n° 6.015/1973), o procedimento de dúvida previsto no art. 98, §8° do CPC/2015 não exigiria o recolhimento de custas e não haveria a formulação de pedido pelo notário ou registrador. O oficial de notas ou de registro realizaria apenas o encaminhamento de elementos probatórios, acompanhados da exposição neutra dos fatos juridicamente relevantes.

Em razão da neutralidade da dúvida, restaria vedada a possibilidade de interposição de recurso pelo notário ou registrador. Afinal, sendo suscitada a dúvida ao juiz competente e sendo realizado o devido esclarecimento, não caberia ao notário ou registrador questionar o teor da solução apontada pela autoridade judiciária (art. 202 da Lei n° 6.015/1973).

Seguindo essa linha de pensamento, temos o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nos seguintes termos:

> § 8°: 27. Gratuidade dos atos notariais e de registro. Dúvida. Como sucede, via de regra, quando há dúvida do notário ou do registrador, a dúvida sobre o preenchimento dos pressupostos para concessão de assistência judiciária deve ser encaminhada ao juiz competente para questões de registro público. Àquele que requereu a concessão do benefício é, evidentemente, concedido o direito de manifestar-se a respeito e fazer prova de sua condição. (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 474)

No entanto, não parece ser este o posicionamento mais adequado sobre o tema. Ao determinar a citação do beneficiário da gratuidade de justiça, para se manifestar sobre o requerimento de revogação da gratuidade no prazo de 15 dias, o art. 98, §8° do CPC/2015 parece evidenciar a formação de procedimento jurisdicional e contencioso.

No procedimento de dúvida, "o prazo de quinze dias, para impugnar a dúvida, conta-se da data da intimação feita no cartório, ao mesmo tempo em

69. SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A Dúvida na Nova Lei de Registros Públicos*, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pág. 11.

que o processo é encaminhado ao juiz competente"[70]. Não ocorre a citação da parte para apresentar resposta e integrar a relação jurídico-processual, como determina o art. 98, §8° do CPC/2015.

Além disso, o procedimento do art. 98, §8° do CPC/2015 não possui o objetivo de esclarecer dúvida administrativa do notário ou registrador, mas promover autêntica revisão da decisão judicial que havia reconhecido o direito à gratuidade de justiça. Logo, o magistrado profere decisão no exercício de típica função judicial e não como simples corregedor do cartório[71].

Em razão do caráter jurisdicional e eminentemente contencioso do procedimento, subsiste a necessidade de adiantamento das despesas processuais (art. 82 do CPC/2015), deve ser observada a capacidade postulatória (art. 103 do CPC/2015) e ocorrerá incidência das verbas sucumbenciais (arts. 82, §2° e 85 do CPC/2015)[72].

Nesse sentido, leciona Rafael Alexandria de Oliveira, em artigo especializado recentemente publicado:

> Questão que aqui se coloca é saber se o requerimento de que trata o §8° do art. 98 do CPC deve seguir o mesmo procedimento da dúvida registral ou notarial traçado na Lei de Registros Públicos.
>
> Pensamos que não.
>
> O requerimento que o notário ou o oficial de registro pode formular, com base no §8° do art. 98, tem caráter jurisdicional e contencioso. Ele equivale à impugnação ao benefício por fato superveniente – não preenchimento atual dos pressupostos para a concessão da gratuidade. A diferença é que o CPC atribui legitimidade ativa ao notário ou oficial de registro e competência ao órgão jurisdicional responsável pelas questões notariais e de registro.
>
> O objetivo do dispositivo é preservar o exercício do contraditório pelo delegatário: ele é prejudicado por uma decisão proferida lá atrás, num processo em que não interveio. Obviamente, seria caótico impor a sua presença sempre que o juiz concedesse a gratuidade. Assim, o legislador transferiu no tempo essa impugnação, preservando o direito de o delegatário discutir o assunto, sem tumultuar o processo.
>
> Formulado o pedido pelo notário ou oficial de registro, deflagra-se uma demanda jurisdicional autônoma que tem por objeto a desconstituição/revisão

70. CENEVIVA, Walter. Op. cit., pág. 464.

71. De acordo com Walter Ceneviva, no art. 204 da Lei nº 6.015/1973 "cuidou o legislador de eliminar controvérsia quanto à natureza administrativa da dúvida. A decisão nela proferida é de órgão judiciário, mas não corresponde a típico exercício de função judicial, pois o juiz competente atua como corregedor do cartório, com característicos próximos aos de superior hierárquico do delegado." (CENEVIVA, Walter. Op. cit., pág. 474).

72. "A gratuidade concedida judicialmente fica sujeita a um novo crivo, dessa feita por notário ou registrador, gerando a instauração de mais um processo de natureza contenciosa, com todas as complicações inerentes (inclusive a discussão sobre custas e sucumbência nesse novo processo)." (SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit., pág. 165).

de uma situação jurídica. Trata-se, pois, de ação de revisão da decisão concessiva de gratuidade. O beneficiário deve então ser citado para, em quinze dias, manifestar-se (art. 98, §8°, CPC). (OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Extensão do benefício da justiça gratuita aos emolumentos devidos a notários e registradores, in* PAULINO, Roberto. *Coleção Repercussões do Novo CPC – Direito Notarial e Registral*, Salvador: Juspodivm, 2016, pág. 118/119).

3.6. A avaliação do direito à assistência jurídica e sua autonomia em relação à gratuidade de justiça

Um último registro. A análise do direito à gratuidade de justiça não se confunde com a avaliação do direito à assistência jurídica estatal gratuita. Esta última é de incumbência do Defensor Público com atribuição para realizar o atendimento do necessitado econômico, não sendo admitida a interferência vinculante de qualquer autoridade pública na escolha dos destinatários finais dos serviços prestados pela Instituição[73].

Nessa ótica, quando o indivíduo ingressa em juízo como autor, réu ou interveniente, a questão colocada à análise do juiz refere-se unicamente ao reconhecimento do direito à gratuidade de justiça (art. 98 do CPC/2015); não possui o julgador qualquer ingerência quanto ao direito à assistência jurídica estatal gratuita reconhecida administrativamente pelo Defensor Público[74].

Importante considerar, nesse ponto, que o Defensor Público nada ganharia se tentasse, de maneira indiscriminada, utilizar sua independência funcional como forma de prestar atendimento gratuito para pessoas abastadas, a não ser um volume maior de trabalho e um número maior de processos[75].

Corroborando esse posicionamento, temos a lição de Frederico Rodrigues Viana de Lima, em obra dedicada ao estudo da matéria:

> A assistência jurídica integral e gratuita jamais poderia ser deferida pelo Poder Judiciário. Não só por se tratar de serviço público prestado exclusivamente pela Defensoria Pública, mas também pela circunstância de que a sua concretização não depende, em muitas vezes, de intervenção judicial. Existem inúmeras situações em que o serviço de assistência jurídica é prestado pela Defensoria Pública sem que o Poder Judiciário sequer tome conhecimento

73. "Incumbe ao Defensor Público, no âmbito administrativo, dentro de sua independência funcional, avaliar a prova da necessidade econômica, levando em conta os critérios objetivos adotados pela instituição (valor máximo da renda mensal), assim como os aspectos subjetivos (gastos extraordinários – medicamentos, alimentação especial, etc. –, renda per capita familiar, entre outros)." (MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros, in* ORDACGY, André da Silva. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções Públicas Essenciais à Justiça*, Curitiba: Letra da Lei, 2009, pág. 174).
74. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit., pág. 32.
75. ARAÚJO, José Aurélio de. CABRAL, Saullo Tassio Gato. Op. cit., pág. 185.

> de sua atuação, a exemplo da defesa do assistido em processo administrativo disciplinar.
>
> O que o Poder Judiciário se encarrega de analisar e deferir é o direito à justiça gratuita, instituto consagrado pela Lei n° 1.060/1950 e que possibilita à parte hipossuficiente isentar-se do pagamento antecipado das despesas processuais.
>
> Por essa razão, incumbe à instituição Defensoria Pública, como exclusiva responsável pela prestação do serviço público de assistência jurídica integral e gratuita, e diante da independência funcional que lhe é inerente (art. 3°, LC n° 80/1994), exercer a função de avaliar a alegação de hipossuficiência, para que, reconhecendo-a, possa prestar a assistência jurídica prevista constitucionalmente. (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 75)

Seja pela ótica constitucional ou pela lógica jurídica, a análise dos requisitos necessários ao reconhecimento do direito à assistência jurídica estatal gratuita deve ser considerada atribuição exclusiva do Defensor Público natural, cabendo ao magistrado unicamente exercer o controle sobre o adequado recolhimento das despesas processuais[76] (aferindo a presença dos requisitos necessários ao reconhecimento da gratuidade de justiça) e a fiscalização do pressuposto processual da capacidade postulatória[77] (verificando a presença nos autos do instrumento de nomeação da Defensoria Pública como patrocinadora da causa – afirmação de hipossuficiência)[78].

76. Art. 30 da Lei Estadual/RJ nº 3.350/1999: "Incumbe ao Juiz, com a colaboração do Escrivão mediante certidão, e à Secretaria do Tribunal a verificação do exato recolhimento das custas e taxa judiciária antes da prática de qualquer ato decisório."
77. ARAÚJO, José Aurélio de. CABRAL, Saullo Tassio Gato. Op. cit., pág. 184.
78. Em sentido contrário: "A Defensoria Pública é responsável pela proteção jurídica dos hipossuficientes econômicos, os quais terão seus direitos resguardados e defendidos sem que necessitem arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios, nos termos do artigo 98, § 1º, do Novo Código de Processo Civil. Porém, a confirmação da assistência judiciária gratuita depende de decisão judicial. É o Judiciário quem deve verificar o requisito necessidade econômica, antes da concessão das isenções processuais. Logo, a Defensoria Pública, antes de prestar assistência judiciária, tem o dever de verificar a comprovação da insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV, CF). Caso a Defensoria Pública constate a condição de necessitado e demande judicialmente, é dever do Judiciário verificar que aquele que pleiteia a justiça gratuita possui insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios (art. 98, caput, do NCPC). (...) É certo que a assistência judiciária gratuita somente se perfaz após apreciação do pedido pelo Judiciário. A declaração de pobreza possui presunção relativa, tendo os órgãos judiciais o poder-dever de investigar a situação econômica do requerente caso existam, nos autos, elementos indiciários que possam demonstrar a sua capacidade de custear as despesas processuais. Verificada a inexistência da situação de hipossuficiência, cessa, por causa superveniente, a legitimidade de atuação da Defensoria Pública. Nesse caso, deve ser concedido à parte prazo para constituir seu advogado, não sendo responsabilidade do Estado prestar a assistência judiciária gratuita. Não cabe, nessa hipótese, o Defensor Público alegar prejuízo do princípio da independência funcional (art. 134, §2º da CF) para procurar continuar defendendo o interesse da parte considerada não necessitada, pois tal princípio não assegura a atuação irrestrita da Defensoria Pública, que está

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já teve a oportunidade de reconhecer, em diversos precedentes, a atribuição exclusiva dos Defensores Públicos para aferir e reconhecer o direito à assistência jurídica estatal gratuita:

> Direito constitucional. Direito processual civil. Princípios institucionais da Defensoria Pública. Não se admite que, por decisão judicial, seja a Defensoria Pública destituída do patrocínio de seu assistido, pouco importando se será ou não deferido o benefício da gratuidade de justiça. É prerrogativa do Defensor Público definir quem faz ou não jus a ser assistido por aquela Instituição. Parte, ademais, que faz jus ao benefício da gratuidade de justiça, já que os elementos dos autos demonstram não ter ela condições de arcar com o custo do processo. Autora que está desempregada e tem saldo bancário baixo. Provimento do recurso. (TJ/RJ – Segunda Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 0024141–59.2015.8.19.0000 – Relator Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, decisão: 01-07-2015)

> Agravo de Instrumento. Gratuidade de Justiça. Indeferimento. Destituição do Defensor Público, determinando a constituição de novo patrono, sob pena de decretação da revelia. Comprovação da hipossuficiência do réu. Autonomia administrativa da Defensoria Pública, a quem cabe, mediante juízo de conveniência e oportunidade, fixar as balizas para determinar quem pode ser patrocinado pelo órgão, não cabendo ao juízo a quo intervir na relação. Decisão que se reforma. Provimento do recurso. (TJ/RJ – Primeira Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 0065972-24.2014.8.19.0000 – Relator Des. MALDONADO DE CARVALHO, decisão: 19-12-2014)

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE INDEFERIU DO PLEITO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA, DETERMINANDO A CONSTITUIÇÃO DE NOVO PATRONO NOS AUTOS. PARTE PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. IRRESIGNAÇÃO QUE MERECE PARCIAL ACOLHIDA. 1. Declaração de impossibilidade financeira que goza de presunção relativa de veracidade. Súmula nº 39, deste E. TJRJ. 2. Ausência de comprovação da condição de hipossuficiente, a justificar a modificação do julgado e concessão do benefício, cujo deferimento à pessoa jurídica somente deve ocorrer em hipóteses excepcionais. Súmula nº 121, desta Corte. 3. Impossibilidade de destituição da Defensoria Pública do patrocínio dos recorrentes, não cabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se na relação defensor-assistido. 4. Pretensão recursal parcialmente acolhida. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (TJ/RJ – Vigésima Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 0047601-12.2014.8.19.0000 – Relator Des. MAURO MARTINS, decisão: 07-10-2014)

> Administrativo. Processual civil. Defensor Público. Determinação judicial de cessação do patrocínio da Defensoria Pública. Impossibilidade. Inexistência de relação de hierarquia ou subordinação entre Defensores Públicos e Magistrados. (...) O Poder Judiciário não tem como intervir na relação cliente-advogado e, do ponto de vista meramente administrativo, é da Defensoria Pública o juízo de oportunidade e conveniência da atividade de representação judicial dos necessitados, respeitados os limites éticos e disciplinares impostos pela própria instituição. (...) Afirma-se, pois, a discricionariedade da Defensoria Pública quanto à avaliação de ser, ou não, seu assistido carente de recursos. Se, diferentemente do Juiz, o Defensor Público entende que seu assistido é necessitado a justificar a atuação da Defensoria Pública, nada pode o Juiz fazer a respeito. Afinal de contas, o Magistrado decide sobre a concessão, ou não, da gratuidade de justiça e não sobre a representação judicial da parte. Entre os membros da Defensoria Pública e a Magistratura não há qualquer relação de hierarquia ou subordinação (artigo 82, Lei Complementar Estadual nº 6/1977). (TJ/RJ – Vigésima Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 0022925-73.2009.8.19.0000 – Relator Des. Marco Antonio Ibrahim, decisão: 02-09-2009).

vinculada à Constituição e às leis que regulamentam a assistência jurídica gratuita." (CAMBI, Eduardo. OLIVEIRA, Priscila Sutil de. *Autonomia e Independência Funcional da Defensoria Pública, in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC - Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 181/182)

Em síntese conclusiva, portanto, mesmo que a gratuidade de justiça seja denegada pelo juiz ou tribunal, não poderá o Defensor Público ser impedido de continuar prestando a assistência jurídica gratuita ao indivíduo. Eventual decisão judicial que venha a "indeferir o direito à assistência jurídica gratuita" ou determinar que a parte constitua advogado particular simplesmente não deve produzir efeitos em relação à Defensoria Pública, que deverá continuar prestando normalmente o atendimento jurídico-assistencial ao assistido. Afinal, a Defensoria Pública não se encontra subordinada ao Poder Judiciário, constituindo esse tipo de decisão flagrante invasão da esfera exclusiva de atuação dos Defensores Públicos.

4. REFERÊNCIAS

BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública da União*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*, São Paulo: Saraiva, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMBI, Eduardo. OLIVEIRA, Priscila Sutil de. *Autonomia e Independência Funcional da Defensoria Pública*, *in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Defensoria Pública*, Salvador: Juspodivm, 2015.

GARTH, Bryant G; CAPPELLETTI, Mauro. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. (Articles by Maurer Faculty. Paper 1142. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Acesso em: 29 mai 2016).

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*, Volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 438)

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *O Advogado e a gratuidade de justiça, in* TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Advocacia,* Salvador: Juspodivm, 2015.

MARÇAL, Thaís Boia. *A Inconstitucionalidade do Procedimento de Dúvida à Gratuidade de Justiça, in* SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Defensoria Pública,* Salvador: Juspodivm, 2015, pág. 742)

MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: Princípios Institucionais, Garantias e Prerrogativas dos Membros, in* ORDACGY, André da Silva. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções Públicas Essenciais à Justiça,* Curitiba: Letra da Lei, 2009, pág.174)

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado,* Salvador: Juspodivm, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil,* Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 460, *apud* MORAES, Humberto Peña de. SILVA, José Fontenelle Teixeira da. *Assistência Judiciária: Sua Gênese, Sua História e a Função Protetiva do Estado,* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do Defensor Público,* Bahia: Juspodivm, 2016.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A Dúvida na Nova Lei de Registros Públicos,* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, pág. 11.

CAPÍTULO VIII
REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL E CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Franklyn Roger Alves Silva
Diogo Esteves

1. INTRODUÇÃO

Independentemente da feição antidemocrática do Código de Processo Civil de 1973, diante do momento histórico de sua aprovação, fato é que suas normas representaram grande avanço e muito serviram durante as décadas de sua vigência, inclusive para outros ramos do Direito Processual.

A conformação da sociedade moderna e a estrutura da justiça brasileira demandavam um novo diploma adjetivo capaz de otimizar a prestação jurisdicional, reordenar e sistematizar as inúmeras reformas realizadas ao antigo CPC nas últimas duas décadas.

No entanto, é inegável que o NCPC reflete a melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial do direito processual moderno, corrigindo as imperfeições do diploma antecedente.

O propósito do presente estudo é trazer algumas reflexões a respeito das normas que tratam da representação processual e compatibilizá-las com o regime de assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública, revestido de peculiaridades pouco observadas pelos personagens do processo.

Estabelecidas as premissas teóricas, a fim de compreendermos a representação processual, é necessário o estudo prévio da origem da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública, bem como os limites traçados pelas suas atribuições, previstas em lei ou atos normativos internos da própria instituição, a fim de compreender a extensão da representação institucional.

2. A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DOS MEMBROS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Por definição, a capacidade postulatória consiste na aptidão a peticionar perante o Estado-Juiz[1]. Esta capacidade é restrita aos advogados (públicos ou privados), membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, estes últimos apenas para o desempenho de suas funções institucionais.

O instituto, que ostenta a natureza de pressuposto processual, encontra-se regulamentado nos arts. 103 a 107 do novo Código de Processo Civil, cujas normas pouco inovaram em relação ao antigo diploma adjetivo.

Não obstante a capacidade postulatória ser conferida a certos profissionais há situações em que o ordenamento jurídico amplia esta aptidão permitindo que qualquer pessoa possa se dirigir ao Estado-Juiz independentemente de estar representado por profissional legalmente habilitado, tal como ocorre nas causas dos Juizados Especiais, a impetração de *Habeas Corpus* e algumas situações da Justiça do Trabalho.

O estudo da capacidade postulatória, como bem adverte Leonardo Greco, possui uma amplitude objetiva e subjetiva. Torna-se necessário reconhecer os elementos que permitem o profissional patrocinar determinada causa (aspecto subjetivo) e a extensão desta atuação (aspecto objetivo)[2].

Importa para nós, neste momento, analisarmos apenas o critério subjetivo, relativo a origem da capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública, uma vez que a extensão da atuação será tratada no tópico relativo a atribuição.

A grande controvérsia atual, que foge ao que é tratado no novo CPC refere-se à natureza da capacidade postulatória conferida aos membros da Defensoria Pública. Estaria ela prevista no art. 3°, §1° do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) ou sua base adviria de outro diploma normativo?

Para respondermos a este tema, é necessária a interpretação do texto constitucional, principalmente diante das reformas operadas pela Emenda Constitucional n. 80/14, que deu nova conformação estrutural a Defensoria Pública.

Dentre as inúmeras inovações no texto da Constituição podemos indicar a reorganização da Defensoria Pública no plano das funções essenciais à justiça, visto que a "Seção III – Da Advocacia e da Defensoria Pública", integrante do Capítulo IV, trazia a falsa ideia de que a Defensoria Pública faria parte do mesmo regime jurídico da Advocacia.

Na doutrina e jurisprudência persiste até hoje a reflexão acerca do enquadramento das funções de advocacia e Defensoria Pública, uma vez que o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), especificamente em seu art. 3°, §1° prevê que os membros da Defensoria Pública estão sujeitos ao regime jurídico ali estatuído.

1. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 226.
2. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 339.

Note-se que a Defensoria Pública sempre buscou se desvincular da Advocacia, constituindo função essencial autônoma, destinada à assistência jurídica gratuita organizada pelo Estado. Tanto que o art. 4°, §6° da Lei Complementar n. 80/94, assegura que a capacidade postulatória do Defensor Público é obtida por meio de sua nomeação posse no cargo, revelando a total desnecessidade de vinculação dos Defensores Públicos aos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, a distinção entre as funções, sempre muito bem delineada no plano doutrinário, deixa claro que o regime de advocacia é totalmente incompatível com o modo de atuação da Defensoria Pública. A natureza estatutária do vínculo estabelecido entre o assistido e a instituição constitucional é um dos grandes pilares que contrastam o modelo de advocacia, que se pauta em um vínculo de natureza contratual existente entre o cliente e seu causídico.

Com a nova formatação introduzida pela Emenda Constitucional 80/14, criou-se uma nova seção destinada exclusivamente ao regramento da Defensoria Pública, demonstrando-se a sua total autonomia e desvinculação ao regime jurídico da Advocacia.

É por esta razão que a mudança do parâmetro constitucional nos leva a visualizar uma influência determinante no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.636, em trâmite no Supremo Tribunal Federal que somada às manifestações favoráveis da Procuradoria Geral da República e da Advocacia-Geral da União, no sentido da constitucionalidade do art. 4°, §6° da LC n. 80/94, põem em xeque a pretensão da OAB.

Apenas para situarmos o leitor, a referida ADI pretende a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo acima destacado, de modo a tornar obrigatória a vinculação de Defensores Públicos ao regime jurídico da advocacia previsto em seu estatuto. O que o texto constitucional prevê hoje nada mais é que um reflexo da doutrina institucional e da jurisprudência que sempre encararam a Defensoria Pública como uma atividade distinta da advocacia.

Por consequência, depreende-se que a capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública é extraída do próprio regime jurídico da instituição, previsto no dispositivo da LC n. 80/94 que lhe confere plena extensão[3].

Isto implica reconhecer a autorização concedida ao membro da Defensoria Pública para apresentá-la quando a instituição é representante da parte ou nas hipóteses de legitimação extraordinária previstas em lei e com suporte no art. 18 do novo código.

Apesar desta digressão inicial da capacidade postulatória a suficiência do enfrentamento do tema relativo à representação processual nos obriga a reali-

3. Neste sentido é o julgamento do STJ no REsp n. 1.710.155/CE, de Relatoria do Min. Herman Benjamin.

zar um mergulho mais profundo, desta vez com o foco nas regras referentes às atribuições dos membros da Defensoria Pública.

3. A ATRIBUIÇÃO COMO LIMITAÇÃO DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA

Partindo-se da premissa de que os membros da Defensoria Pública têm a origem de sua capacidade postulatória na Lei Complementar n. 80/94, impõe-se a análise da atribuição como uma causa limitadora.

Qualquer Defensor Público dispõe de capacidade postulatória plena o que significaria admitir um Defensor Público Estadual oficiando perante órgão da Justiça Federal, ou um Defensor Público recém-ingresso na instituição se dirigindo ao Supremo Tribunal Federal e realizando sustentação oral em julgamento de Recurso Extraordinário.

O membro da Defensoria Pública ao ser empossado e investido no cargo dispõe de capacidade postulatória plena, podendo atuar perante todos os órgãos da Justiça brasileira, de todas as esferas federativas, pois esta é uma característica do direito processual brasileiro. Entretanto, diferentemente do que ocorre em relação ao regime da advocacia, a legislação de regência da Defensoria Pública, seja no plano federal, seja no plano estadual estabelece certas limitações à capacidade postulatória, a partir do momento em que são fixadas as atribuições[4] do órgão de atuação.

Sendo a capacidade postulatória ampla, a Constituição Federal, a Lei Complementar n. 80/94, as legislações estaduais e os atos internos editados pelo Conselho Superior, traçam limites ao seu exercício, baseados em diversos critérios, a exemplo da separação entre as unidades federativas, divisão de trabalho sob a ótica funcional, otimização a ampliação do acesso à justiça, enfim, todos os critérios necessários a melhor consecução de suas funções institucionais.

Ao estudar o tema sob a ótica do Ministério Público, o professor Sergio Demoro Hamilton[5] encara a atribuição como pressuposto processual de validez da instância, visto que a atribuição interfere na competência dos órgãos jurisdicionais[6], cujo entendimento é compartilhado por Emerson Garcia[7].

4. Para o estudo mais aprofundado das atribuições remetemos o leitor a nossa obra que se dedica ao estudo do regime jurídico da Defensoria Pública (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015).
5. HAMILTON, Sergio Demoro. *A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional*, Revista do Ministério Público, nº 14, jul./dez., 2011, pág. 201/206.
6. "Colocada a questão nestes termos, chega-se, de forma lógica, à conclusão de que sua falta vicia a relação processual sem a impedir de nascer. Dizendo de outra maneira: a relação processual existe, posto que viciada pela falta de atribuição do órgão do Ministério Público. Prosperando, conclui-se que a ausência de atribuição traz como consequência a nulidade do processo ou do ato processual, conforme o caso, desde que oficie no feito um promotor despido de atribuição." (HAMILTON, Sergio Demoro. Op. cit., pág. 58/59).
7. GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 365.

Em reflexão sobre o tema, o Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro apresenta uma outra visão da atribuição, definindo-a como um requisito para o regular desenvolvimento da relação jurídico-processual[8].

Apesar das qualificações um pouco diversas, percebemos que o ponto comum das duas posições consiste no reflexo processual da atribuição, ou seja, a sua natureza jurídica como elemento que interfere na capacidade postulatória dos membros da Defensoria Pública.

É por esta razão que o instituto deve ser encarado como a pedra fundamental da instituição. Toda a essência da Defensoria Pública deve girar em torno de sua atribuição, não bastando apenas que haja um Defensor Público.

Em verdade, para que haja a regular atuação institucional, em respeito ao princípio constitucional da legalidade, o Defensor Público deve ter atribuição para prestar a assistência jurídica ao assistido, seja de natureza genérica, em razão do acúmulo de funções do órgão de atuação, seja em caráter específico, em razão de designação especial.

A atribuição, por tal razão, tem natureza intra e extraprocessual, pois é cediço que a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública não se resume apenas à atuação perante os órgãos do Poder Judiciário, de modo que o instituto é dotado de ampla concepção. Não é demais lembrar que o art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994 e as legislações estaduais estabelecem inúmeras funções institucionais da Defensoria Pública, muitas delas não relacionadas a órgãos do Poder Judiciário.

A divisão de atribuições, como já exposto, é matéria tratada na Lei Complementar n. 80/94, nas leis estaduais e atos normativos internos de cada Defensoria Pública. No entanto, observa-se que a própria Lei Nacional da Defensoria Pública permite que a Defensoria da União firme convênios com as Defensorias Públicas Estaduais (art. 14, §1º), permitindo que estas desempenhem atribuições que, por lei, são afetas àquela, o que reforça o fato de a capacidade postulatória de qualquer Defensor Público ser ampla.

Note-se também que o art. 4º-A, IV da LC n. 80/94 contempla o princípio do Defensor Público natural, o encarando como um direito dos assistidos da Defensoria Pública. Este princípio consiste na garantia de que o assistido deve ser patrocinado por um membro da instituição previamente investido de atribuição, evitando-se as ditas "designações casuísticas".

O respeito à atribuição significa a manutenção da ordem e da estruturação das Defensorias Públicas, sob risco de se perder o caráter institucional. No entanto, a grande questão que gravita em torno do universo da Defensoria Pública diz respeito a convalidação dos atos praticados pelo Defensor Público sem atribuição, nas situações em que se apresenta necessária a atuação em caráter de urgência, na tutela de um direito fundamental.

8. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 99.

Há situações em que emerge o confronto natural entre as normas internas de organização da Defensoria Pública e a observância dos direitos fundamentais em respeito à função institucional de promoção dos direitos humanos[9] prevista no art. 134 da Constituição, a exemplo da inexistência de órgão da Defensoria Pública da União em determinado município.

Seria possível, ao Defensor Público Estadual, que pela Lei Complementar n. 80/94 não dispõe da possibilidade de atuação na Justiça Federal, leia-se atribuição, enquanto não firmado o convênio a que alude o art. 14, §1° da citada lei?

O ajuizamento de ações que versem sobre saúde (direito à vida), providências com intuito de combater ilegalidades de prisões (liberdade de locomoção), dentre a tutela de outros bens jurídicos prestigiados no art. 5° da Constituição Federal e pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos, estariam albergadas pela atuação desprovida de atribuição, quando evidenciado o seu caráter urgente, apesar de não se evidenciar um dever, mas verdadeira faculdade.

Assim, apesar de haver ineficácia na atuação do Defensor Público sem atribuição, torna-se possível que o ato seja convalidado pelo Defensor Público natural, a quem é conferida a atribuição para atuar no feito, desde que, na primeira oportunidade que ingressar no processo, concorde em ratificar expressamente os atos praticados pelo Defensor Público que o antecedeu[10].

Importante avanço se traduz na redação do art. 104, §2° do novo CPC que reconheça a ineficácia do ato praticado em favor de quem não estava representado no feito. Corrige-se o equívoco constante do art. 37, parágrafo único do antigo CPC que afirmava a inexistência dos atos praticados se não houvesse a ratificação[11], o que nos levava a tratar a ausência de atribuição como verdadeira nulidade[12].

A regra geral constante do *caput* do art. 37 do antigo CPC, permanece reproduzida no art. 104 do novo CPC, sendo lícito ao advogado atuar em juízo

9. No plano material os direitos fundamentais e os direitos humanos se equivalem, pois buscam a tutela dos bens jurídicos mais sensíveis.

10. Em sentido contrário é a opinião do professor Sergio Demoro: "A resposta para a indagação só pode ser uma: cogita-se de nulidade absoluta, portanto arguível a todo o tempo, mesmo após a ocorrência de coisa julgada formal (arts. 564, II c/c 572 do CPP), incumbindo ao juiz no momento em que a declarar, estabelecer os exatos limites de sua extensão (art. 573, § 2º do CPP)." (HAMILTON, Sergio Demoro. Op. cit., pág. 60/61).

11. Como bem pondera Fredie Didier Jr.: *"A situação não é de inexistência, mas, sim, de ineficácia do processo ou do ato em relação àquele que supostamente seria a parte, mas que não outorgou o instrumento de representação. A falta de poderes não determina nulidade, nem existência. Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal resolutiva: a ratificação. Não há falta de capacidade postulatória, pois o ato foi praticado por um advogado, que a tem."* (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil.* 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009. P. 225-226).

12. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 700-701.

sem procuração apenas para evitar a ocorrência de prescrição, decadência ou atos urgentes.

Do mesmo modo, o Defensor Público que atua sem atribuição na tutela de urgência de um direito fundamental deverá propiciar os meios necessários para que o ato praticado seja ratificado pelo membro da instituição que detém atribuição, considerando a inviabilidade de juntada de procuração a que alude o art. 104, §1° do novo CPC como forma de convalidação, ao que veremos no tópico seguinte.

Nesta linha de ideias, a realização de atos sem atribuição e fora dos restritos limites aqui ponderados (tutela de urgência de direitos fundamentais) significará a total ineficácia dos atos, inviabilizada a ratificação posterior, sob risco de fragilização do princípio do defensor natural.

Portanto, a grande característica da Defensoria Pública como instituição consiste na existência de atribuições de seus órgãos que servem de legitimação a sua atuação e permitem que a atividade de assistência jurídica seja desempenhada de modo eficiente.

4. A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Consolidadas as premissas relativas à capacidade postulatória e sua limitação a partir das atribuições, é importante a reflexão das normas que tratam da representação processual realizada pela Defensoria Pública, distinguindo-as das situações em que a instituição age como legitimada extraordinária[13].

A regra geral da capacidade postulatória dos advogados encontra-se veiculada nos arts. 103 a 107 do novo CPC, enquanto que os arts. 183 e 184 disciplinam matéria específica destinada à advocacia pública.

Pelos termos do novo CPC a procuração confere aos advogados a prática de todos os atos do processo, a exceção daqueles em que se exige poderes especiais, tais como o recebimento de citação, a confissão, o reconhecimento da procedência do pedido, a transação, a desistência, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o recebimento, a quitação, firmar compromisso, e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica, como determinado no art. 105.

A parte final do referido dispositivo, quando trata da necessidade de cláusula específica para que o advogado possa afirmar a hipossuficiência do seu cliente tem repercussão prática no campo da Defensoria Pública, reforçando

13. Há na doutrina processual quem faça a distinção entre o gênero legitimidade extraordinária, do qual se extrai a espécie substituição processual, ocorrendo na situação em que o legitimado extraordinário demanda em nome do substituído (legitimado ordinário), sem que este participe em conjunto. (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 118).

nossa opinião no sentido de que a hipossuficiência pode ser reconhecida de ofício, quando ausente a afirmação da parte.

Temos sustentado, inclusive, que se o juiz pode revogar o benefício da gratuidade de justiça de ofício, *ex vi* a redação do sobrevivente art. 8° da Lei n. 1.060/50 igual seria o fundamento para que houvesse o deferimento da gratuidade de justiça, quando verificada, pelos elementos dos autos, a condição de hipossuficiência[14].

Por se tratar de um direito fundamental previsto no art. 5°, LXXIV da CRFB, sempre sustentamos a possibilidade de seu reconhecimento de ofício. Se o CPC permite que o próprio advogado afirme a hipossuficiência de seu cliente, mediante indicação de poder especial, parece-nos que esta circunstância também é aplicada à Defensoria Pública, como uma derivação do mandamento constitucional.

Conforme as circunstâncias do caso concreto, o Defensor Público pode reconhecer, ainda que não haja afirmação, o direito à assistência jurídica de determinada pessoa. Uma ressalva merece destaque! O reconhecimento da hipossuficiência sem a afirmação se pauta na boa fé do membro da Defensoria Pública o que impediria a aplicação da sanção de pagamento de até o décuplo das despesas processuais, prevista no art. 100, parágrafo único, ante a ausência de má fé do assistido.

Note-se que o CPC buscou simplificar a disciplina da gratuidade de justiça, não havendo mais o excessivo rigor formal no momento de sua postulação, sendo possível que a afirmação conste da própria inicial, da contestação ou petição simples, nos termos do art. 99 do novo CPC, valendo a advertência de que grande parte da Lei n. 1.060/50 encontra-se revogada por determinação do art. 1.072, III.

A representação processual desempenhada pela Defensoria Pública em favor dos necessitados impõe ao membro da instituição o atuar com cautela, sob pena de sua responsabilização civil, de caráter regressivo, no caso de agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções, na forma do art. 187.

4.1. Representação em juízo ou fora dele independente de mandato

Em matéria de representação processual, o novo Código de Processo Civil foi bem mais generoso no trato da Defensoria Pública, reforçando preceitos

14. "No entanto, por constituir direito fundamental constitucionalmente estabelecido, entendemos que o direito à gratuidade de justiça deve ser reconhecido ainda que inexista requerimento do interessado. Afinal, quando estabeleceu o dever estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV) e de garantir o amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV), a Constituição Federal não condicionou tal dever jurídico ao requerimento do necessitado. Em todo o texto constitucional não há nenhuma norma expressa ou implícita neste sentido". (ESTEVES, Diogo. SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit. P. 211).

constantes do regime jurídico estabelecido pela LC n. 80/94. Sempre foi destacado pela doutrina institucional que a Defensoria Pública representa seus assistidos independentemente de instrumento de mandato, ante a prerrogativa constante dos arts. 44, XI (DPU), 89, XI (DPDF) e 128, XI (DPE) da LC n. 80/94.

A natureza estatutária do vínculo estabelecido entre a instituição e seus assistidos, derivada do mandamento constitucional previsto nos arts. 5°, LXXIV e 134 reforça a desnecessidade de um instrumento de mandato, consubstanciador de uma relação contratual[15].

Esta premissa é reforçada pelo art. 287, parágrafo único, II do novo CPC que dispensa a Defensoria Pública de apresentar a procuração, instrumento incompatível com o regime jurídico que se estabelece entre a instituição e seus assistidos. É verdade que a representação da Defensoria Pública restringe-se aos atos do processo encarados como de natureza geral, conforme previsto no art. 105 do novo CPC[16].

Para os atos em que lei exige poderes especiais, os quais são descritos exaustivamente no art. 105 do novo CPC a Defensoria Pública também não necessitará de procuração, mas só poderá praticá-los em conjunto com o assistido.

Assim, na audiência de conciliação em que se pretenda um acordo, o Defensor Público só poderá firmar a transação se o assistido estiver presente no ato processual e concordar com seus termos, sob pena de ineficácia do ato praticado.

De igual modo, o fato de o Defensor Público não dispor de poderes para dar quitação criava um grande problema na fase de cumprimento de sentença. Felizmente, o art. 513, §2°, II resolve a controvérsia atual referente a intimação na fase de cumprimento de sentença para fins de pagamento a da quantia devida.

15. Para maiores reflexões sobre o tema, indicamos nossa obra referente ao regime jurídico da instituição (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit., 2014.)

16. Apesar de versar sobre hipótese do Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente, reconheceu a desnecessidade de procuração, apesar de confundir o conteúdo da norma da LC 80/94. Mesmo quando a lei exigir poderes especiais, não há a necessidade de procuração, bastando a prática do ato em conjunto. O acórdão foi ementado da seguinte forma:
DIREITO PROCESSUAL PENAL. DISPENSA DE JUNTADA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIAIS PELA DEFENSORIA PÚBLICA.
Quando a Defensoria Pública atuar como representante do assistente de acusação, é dispensável a juntada de procuração com poderes especiais. Isso porque o defensor público deve juntar procuração judicial somente nas hipóteses em que a lei exigir poderes especiais (arts. 44, XI, 89, XI, e 128, XI, da LC 80/1994). Ressalte-se que a Defensoria Pública tem por função institucional patrocinar tanto a ação penal privada quanto a subsidiária da pública, não havendo incompatibilidade com a função acusatória. Assim, nada impede que a referida instituição possa prestar assistência jurídica, atuando como assistente de acusação, nos termos dos arts. 268 e seguintes do CPP (HC 24.079-PB, Quinta Turma, DJ 29/9/2003). HC 293.979-MG, **Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 5/2/2015, DJe 12/2/2015.**

Pela sistemática do art. 475-J do antigo CPC e das decisões do Superior Tribunal de Justiça[17] caberia a própria Defensoria Pública receber a intimação a que alude o referido dispositivo e transmitir ao devedor a comunicação referente a necessidade de pagamento da quantia devida no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor.

Ocorre que se a referida intimação se destinava a realização de um ato de natureza material, o pagamento. Logo, não seria possível que o Defensor Público, que não dispõe de poderes especiais, pudesse receber a comunicação processual, razão pela qual a doutrina institucional sempre sustentou a necessidade de intimação pessoal do assistido.

Agora, na fase de cumprimento de sentença (art. 527, §2°, II) tal como ocorre em relação ao art. 892, II do novo CPC (expropriação de bens) estatui-se a necessidade intimação da parte por meio de carta com aviso de recebimento, quando representada pela Defensoria Pública, alinhando-se o novo CPC à realidade institucional, já que a providência não corresponde a um ato puramente processual, já que há um ato de direito material envolvido, correspondente a extinção da obrigação em virtude do pagamento.

Do mesmo modo, no título destinado a Defensoria Pública, o art. 186, §2° do CPC prevê a possibilidade de intimação pessoal da parte patrocinada pela instituição quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada, a ser determinada pelo juiz.

17. **DEFENSOR PÚBLICO. INTIMAÇÃO. LEI N. 11.232/2005. MULTA. ART. 475-J DO CPC.** Discute-se no REsp se a intimação referida no art. 475-J do CPC pode ser feita na pessoa do defensor público e se há incidência da multa lá prevista, nas hipóteses em que o trânsito em julgado da sentença ocorreu antes da entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005. Nos termos da nova sistemática processual, para que se inicie a fase executiva, basta a intimação do devedor para pagamento. Essa intimação, não obstante a ausência de previsão legal expressa, deverá ocorrer na pessoa do advogado da parte, conforme jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal. Na hipótese dos autos, o recorrente foi intimado na pessoa de seu advogado para o cumprimento da sentença. O fato de esse advogado ser um defensor público não impõe a necessidade de que a intimação para pagamento seja feita à pessoa do devedor, como se de citação se tratasse. O defensor público tem poderes para o foro em geral, entre os quais está o recebimento de intimações. A única especificidade é a exigência de que essa intimação seja pessoal nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/1950, diferentemente do que ocorre com o advogado constituído pela parte, que é intimado pela Imprensa Oficial. Assim, exigir a intimação pessoal do devedor na hipótese do art. 475-J do CPC, mesmo que apenas nas hipóteses em que ele estiver representado por defensor público, é propiciar um retrocesso, impedindo que sejam atingidos os escopos de celeridade e efetividade pretendidos com a Lei n. 11.232/2005. O ato jurídico que desencadeará a fluência do prazo de 15 dias, segundo o atual entendimento do STJ, não é o trânsito em julgado da sentença, mas a intimação do devedor para pagamento que, na hipótese, ocorreu na vigência da Lei n. 11.232/2005. Assim, se a intimação para pagamento ocorreu na vigência da lei nova, é ela que deve ser aplicada, com a consequente incidência da multa do art. 475-J, sem que isso represente prejuízo ao executado ou qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, no caso, à sentença transitada em julgado. Precedentes citados: REsp 940.274-MS, DJe 31/5/2010. REsp 1.032.436-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/8/2011.

Os arts. 610, §2° e 733, §2° ao regulamentarem o inventário, divórcio, separação[18] e extinção da união estável realizados pela via extrajudicial determinam a participação de Defensor Público como representante das partes, corroborando os preceitos normativos constantes dos arts. 982, §1° e 1.124-A, §2° do antigo CPC.

Mesmo nos atos praticados pela via extrajudicial, há a necessidade de interveniência de advogados ou membro da Defensoria Pública, tendo em vista a função institucional de solução prioritária dos litígios em caráter extrajudicial, como determina o art. 4°, II da LC n. 80/94.

E que se faça a ressalva de que a intervenção da Defensoria Pública não pressupõe que todas as partes sejam hipossuficientes, pois o novo CPC finalmente deixa mais clara a regra da gratuidade de justiça parcial, prevista em seu art. 98, §5° que, não obstante constar de forma mal redigida no art. 13 da Lei n. 1.060/50 – ainda em vigor –, nunca foi aplicado na prática.

4.2. A curadoria especial como representante da parte

As disposições dos arts. 72, I; 671, II e 752, §2° todos do novo CPC estabelecem a representação da Defensoria Pública na qualidade de curador especial dos incapazes, sempre que lhes faltar representante legal ou quando este for presente, ficar evidenciada a colisão de interesses.

O parágrafo único do art. 72 reproduz a regra constante do art. 4°, XVI da Lei Complementar n. 80/94 que confere a Defensoria Pública o encargo de atuar na qualidade de curador especial.

A função institucional de exercício da curadoria especial constitui hipótese de representação processual, quando a Defensoria Pública age em favor das partes incapazes e de legitimada extraordinária no caso dos ausentes. Não obstante a existência de profunda divergência no plano doutrinário, sempre adotamos esta posição distintiva no tocante a natureza jurídica da curadoria especial.

Nos casos de atuação funcional em benefício de incapazes, assumiria a curadoria especial natureza jurídica de representação processual. Isso porque o curador especial, nessa hipótese, estaria intervindo unicamente para suprir a deficiência de representação do indivíduo incapacitado, garantindo-lhe a necessária *legitimatio ad processum*.[19]

A curadoria especial atua judicialmente em nome do curatelado, pleiteando e defendendo os interesses deste. Quem estaria figurando como parte na relação jurídico-processual seria o indivíduo incapacitado, exercendo a curadoria apenas a função de representante processual do incapaz para garantir-lhe

18. Curiosa a ressurreição da separação no novo Código de Processo Civil, que segue em desalinho ao que estatui a Emenda Constitucional n. 66/10.

19. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit, 2014. P. 445.

a necessária *legitimatio ad processum*. Não haveria, portanto, a substituição do incapaz pelo curador especial ou a formação de litisconsórcio entre ambos; na realidade, haveria uma fusão entre o curador especial e o indivíduo incapacitado, para compor um singular binômio representante/representado.

Aliás, neste ponto, vale o registro de que o curador exerce verdadeira função proativa, o que significa reconhecer a possibilidade de atuação em favor do incapaz, independentemente do polo da relação processual por ele ocupado e desvinculado de qualquer autorização judicial.

O curador especial que atua na representação do incapaz pode exercer atos postulatórios, como ajuizamento de demandas ou execuções que lhe beneficiem, bem como promover a sua defesa, quando o incapaz figurar como réu ou executado em determinado feito.

Nas demais hipóteses previstas no CPC, relativas a atuação da Curadoria Especial em favor das partes ausentes, a natureza jurídica seria encarada como verdadeira legitimação extraordinária ou substituição processual, conforme o apuro científico da hipótese, já que a instituição, em nome próprio, realizaria a defesa de direito alheio, especificamente do réu preso revel, do réu citado por edital ou por hora certa que deixa de se defender, sempre que não houver advogado constituído em qualquer destas hipóteses.

5. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 17. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A dúvida de atribuição e o princípio da autonomia funcional*, Revista do Ministério Público, nº 14, jul./dez., 2011, pág. 201/206.

CAPÍTULO IX
LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÕES DE TERCEIROS

LITISCONSÓRCIO E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO NOVO CPC DE 2015: UMA VISÃO GERAL

Maurilio Casas Maia

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) trouxe ao universo jurídico brasileiro muito mais que novas regras a serem estudadas pelos técnicos e intérpretes do Direito Processual Civil Brasileiro. Em verdade, em alguns pontos, o NCPC busca (re)inaugurar uma *nova cultura processual civil*, como ocorre em relação aos precedentes e ao forte estímulo à autocomposição.

Dentre os pontos inovadores do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/2015), a intervenção de terceiros e o litisconsórcio devem ser questões de estudos obrigatórios. A expansão da zona de atuação do *Amicus Curiae*, o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica e as disposições do litisconsórcio são somente algumas das temáticas a serem sobrelevadas.

Todavia, o presente artigo não tem por objetivo expor e solucionar qualquer problema específico e polêmico sobre litisconsórcio ou intervenção de terceiro no NCPC/2015. Ao contrário, o objetivo principal aqui é expor didaticamente as disposições positivadas pelo Código Processual Civil de 2015. Nesse contexto, serão objetos de destaque: o Litisconsórcio (art. 113-118), a Assistência (art. 119-124), a Denunciação da Lide (art. 125-129), o Chamamento ao Processo (art. 130-132), a Desconsideração da personalidade jurídica (art. 133-137) e a intervenção do *Amicus Curiae* (art. 138). Ademais, as *intervenções institucionais* de órgãos constitucionais do Sistema de Justiça – do Ministério Público (art. 176-181) e da Defensoria Pública (art. 185-187) –, não serão olvidadas por serem órgãos cuja intervenção geralmente é relevante no contexto forense. Por fim, alguns institutos não mais tratados enquanto "intervenção de terceiro em sen-

tido estrito" pelo NCPC/2015 também serão abordados, tais como a "*oposição*" (art. 682-686) e a "*nomeação à autoria*" (art. 338-339).

Por fim, repita-se: o presente texto é destinado à exposição objetiva do litisconsórcio e da intervenção de terceiro no novo Estatuto Processual Civil de 2015 – e não à solução de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Assim sendo, a presente análise ocorrerá primordialmente à luz do texto positivado pelo NCPC de 2015. Por praticidade, as referências bibliográficas para o presente texto serão detalhadas em tópico ao fim do texto para consulta. Portanto, nas próximas linhas o presente texto lançará os contornos gerais do litisconsórcio e da intervenção de terceiro no NCPC/2015.

Além de revisão geral do texto, a nova versão do presente artigo se destaca pela ampliação do trabalho com referência aos importantes enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) e com atualização de fundamentos jurídicos que lastreiam a – ainda incipiente –, intervenção da Defensoria Pública em prol dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*).

2. LITISCONSÓRCIO

O artigo 113[1] do Novo Código de Processo Civil (NCPC) designa por *litisconsórcio* a possibilidade de duas ou mais pessoas litigarem conjuntamente – *no mesmo processo* –, ativa ou passivamente, em três hipóteses: (*I*) Existência de comunhão de direito ou obrigações na mesma lide; (*II*) Quando existente conexão entre causas em decorrência do pedido ou da causa de pedir; (*III*) Por afinidade decorrente de ponto comum de fato ou de direito.

A classificação tradicional do litisconsórcio ocorre em relação ao polo no qual há litigância conjunta: litisconsórcio *ativo*, *passivo* ou *misto* – neste último havendo concomitância entre litisconsórcios ativo e passivo.

Procedimentalmente, há possibilidade de *limitação oficiosa*[2] (§ 1º[3] do art. 113, NCPC) pelo juiz quanto ao número de *litisconsortes facultativos* (*litisconsórcio multitudinário*[4]), acarretando desmembramento[5-6] processual, com o objetivo de evitar: (*a*) o comprometimento da rápida solução do litígio; (*b*) dificuldades à defesa e; (*c*) óbices ao cumprimento de sentença. Por outro lado, é possível também o *requerimento*[7] *de limitação* do número de litisconsortes facultativos (§ 2º, art. 113, NCPC), o qual *interrompe* prazos de manifestação ou resposta – a recomeçar após a decisão do requerimento. É também possível[8], para evitar prejuízo à defesa, a dilatação de prazos processuais em lugar da limitação do número de litisconsortes facultativos, diante das peculiaridades do caso e em aplicação do art. 139, inciso VI[9], do NCPC.

Um ponto a ser elogiado na redação do NCPC é a correção da anterior confusão legal entre *litisconsórcio necessário e litisconsórcio unitário* – a qual ocorria na vigência do Código de Processo Civil anterior[10]. O NCPC/2015 registra de modo claro a distinção entre litisconsórcio *necessário* (art. 114[11]) – caracterizado na obrigatoriedade de formação do litisconsórcio –, e *litisconsórcio unitário*[12] (art. 116[13]) – no qual é natural a unidade de efeitos do provimento jurisdicional para os litisconsortes unitários.

1. NCPC/2015, Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir; III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.
2. Enunciado n. 10 FPPC: "Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário, a interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da demanda original". (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu; redação revista no III FPPC-Rio).
3. NCPC/2015, "Art. 113. (...) § 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença."
4. Enunciado 117 FPPC: "Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo, os efeitos mencionados no art. 240 são considerados produzidos desde o protocolo originário da petição inicial". *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
5. Enunciado n. 386 FPPC: "A limitação do litisconsórcio facultativo multitudinário acarreta o desmembramento do processo". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).
6. Enunciado n. 387 FPPC: "A limitação do litisconsórcio multitudinário não é causa de extinção do processo". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).
7. NCPC/2015, "Art. 113 (...) § 2º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar."
8. Enunciado n. 116 FPPC, "Quando a formação do litisconsórcio multitudinário for prejudicial à defesa, o juiz poderá substituir a sua limitação pela ampliação de prazos, sem prejuízo da possibilidade de desmembramento na fase de cumprimento de sentença.". *(Grupo: Negócios Processuais).*
9. NCPC, "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - *dilatar* os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, *adequando*-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;" (g.n.)
10. CPC/1973 "Art. 47. Há litisconsórcio *necessário*, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo *uniforme* para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo". (g.n.)
11. NCPC/2015, "Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes."
12. Enunciado n. 118 FPPC: "O litisconsorte unitário ativo, uma vez convocado, pode optar por ingressar no processo na condição de litisconsorte do autor ou de assistente do réu." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
13. NCPC/2015, "Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes."

O art. 115 do NCPC dispõe sobre as consequências[14] da não integração em contraditório do litisconsorte. Em relação ao *litisconsórcio unitário ou uniforme*, considerou-se que o não aperfeiçoamento dessa forma de litisconsórcio torna a sentença "*nula*" (art. 115, I, NCPC)[15].

Em relação às demais formas de litisconsórcio, apenou-se a sentença com a *ineficácia* quanto aos litisconsortes não citados (art. 115, II). Sobre o *litisconsórcio passivo necessário*, porém, o *parágrafo único* do art. 115 do NCPC impõe ao juízo a determinação de que o autor requeira a inclusão do litisconsorte passivo necessário, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito.

Quanto à atuação de cada litisconsorte, cada um deles possui o direito a promover o andamento do feito e a serem intimados sobre os atos do processo (art. 118) individualmente. Em sua relação com o polo processual contrário, cada um dos litisconsortes é considerado litigante distinto[16] – exceção feita ao litisconsórcio *unitário*, quando atos e omissões dos litisconsortes *não prejudicarão* os demais, porém podendo gerar *benefício* (NCPC, art. 117, *in fine*).

Quanto às verbas de sucumbência, mais especificamente quanto aos honorários (NCPC, art. 85), o NCPC registra expressamente que a sentença deverá fixar *proporcionalmente* as despesas e honorários de sucumbência (NCPC, § 1° do art. 87[17]).

Há ainda regra relacionando litisconsórcio e "*justiça gratuita*" (NCPC, art. 99, § 6°[18]): a concessão do direito à gratuidade judiciária é direito *intransmissível e pessoal*. Na presença de *litisconsortes necessitados* da *gratuidade judiciária* é importante a formulação de requerimentos para cada um deles, sendo também recomendável, por *segurança jurídica*, que exista decisão expressa em relação a cada um deles sobre a concessão ou não do direito fundamental.

14. Enunciado 11 FPPC: "O litisconsorte unitário, integrado ao processo a partir da fase instrutória, tem direito de especificar, pedir e produzir provas, sem prejuízo daquelas já produzidas, sobre as quais o interveniente tem o ônus de se manifestar na primeira oportunidade em que falar no processo". (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu; redação revista no III FPPC-Rio).
15. Enunciado n. 638 FPPC: "A formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, cuja resolução como principal exigiria a formação de litisconsórcio necessário unitário, pressupõe contraditório efetivo por todos os legitimados, observada a parte final do art. 506". (Grupo: Sentença, ação rescisória e coisa julgada).
16. Enunciado n. 584 FPPC: "É possível que um litisconsorte requeira o depoimento pessoal do outro". (Grupo: Direito probatório)
17. NCPC/2015, "Art. 87. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários. § 1° A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no *caput*".
18. NCPC/2015, "Art. 99 (...) § 6° O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos."

3. INTERVENÇÕES DE TERCEIRO

No NCPC/2015, a temática *intervenção de terceiros* sofreu inovação por inclusão da intervenção do *amicus curiae* e do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica* enquanto novas modalidades interventivas. Por outro lado, a *oposição* passou a ser tratada enquanto procedimento especial e, noutra vertente, a *nomeação à autoria* deixou de ser tratada enquanto intervenção de terceiro para ser inserida como peculiaridade procedimental. Por outro lado, a intervenção do *Ministério Público* passou por alguns detalhamentos e a atividade interventiva da *Defensoria Pública* passou a ter fundamento normativo. Os referidos temas – e outros relacionados –, serão expostos no presente item deste texto.

3.1. Assistência

A *Assistência* é a forma mais genuína de intervenção de terceiros. É *espontânea* e o assistente não se torna tecnicamente uma "parte" no processo. Segundo o art. 119[19] do NCPC, a *Assistência* ocorrerá na *pendência de causa* entre duas ou mais pessoas, quando um *terceiro juridicamente interessado* na sentença favorável a uma delas, intervir no processo para assisti-la – sendo cabível em qualquer procedimento ou grau de jurisdição, e o assistente receberá o processo no estado em que se encontre.

O procedimento de assistência permite *rejeição liminar* e a possibilidade *impugnação* no prazo de 15 dias. Se não for o caso de *rejeição liminar*, a inexistência de impugnação implicará deferimento da assistência (*art. 120*[20], NCPC). Se qualquer uma das partes alegar a falta de interesse jurídico para a intervenção pelo pretenso assistente, a decisão judicial ocorrerá sem suspensão do processo (*p. único, art. 120, NCPC*).

3.1.1. Assistência Simples

O assistente simples atua enquanto *auxiliar* da parte principal, exercendo os *mesmos* poderes[21] e sujeitando-se aos mesmos ônus (art. 121, NCPC). O NCPC afirma que no caso de *revelia* ou de *omissão* do assistido, o assistente assumirá a condição de *substituto processual* (p. único, art. 121).

19. NCPC/2015, "Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre".
20. NCPC/2015, "Art. 120. Não havendo impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, o pedido do assistente será deferido, salvo se for caso de rejeição liminar."
21. Enunciado n. 388 FPPC, "O assistente simples pode requerer a intervenção de *amicus curiae*". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).

A parte principal *não* está impedida de *reconhecer* a procedência do pedido, de *renunciar* ao direito sobre o qual se funda a ação ou de *transigir* sobre direitos controvertidos em decorrência da assistência simples (art. 122[22-23], NCPC).

Após o trânsito em julgado da sentença proferida no processo em que houve intervenção assistencial, o assistente ficará impedido de discutir a justiça da decisão. Porém, tal regra comporta duas *exceções* previstas nos incisos do artigo 123 do NCPC: *(I) Obstáculo à produção de provas úteis*: nesses casos, para rediscutir a justiça da sentença, o assistente deverá demonstrar que – pelo estado de recebimento do processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido –, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; *(II) Desconhecimento probatório*: Em situações nas quais o assistente alegar (e provar) que desconhecia a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, *por dolo ou culpa*, não se valeu poderá rediscutir a justiça da decisão.

3.1.2. Assistência Litisconsorcial

A *assistência litisconsorcial* é uma espécie de assistência na qual o assistente possui relação direta com o adversário de seu assistido e, por isso, será considerado *litisconsorte* deste (art. 124[24], NCPC).

Um dos pontos relevantes, é que em caso de *substituição processual* – defesa de direito alheio em nome próprio (art. 18[25], NCPC) –, o substituído tem a faculdade expressa, nos termos do parágrafo único[26] do art. 18 do NCPC, de intervir como *assistente litisconsorcial* do seu substituto processual.

Em relação à alienação de coisa ou direito litigioso por ato entre vivos (NCPC, art. 109[27]), somente haverá sucessão entre alienante (ou cedente) e adquirente (ou cessionário) se houver consentimento da parte contrária do processo (NCPC, art. 109, § 1º[28]). Porém, o § 2º[29] do art. 109 faculta ao adquirente ou cessionário sua admissão como *assistente litisconsorcial* do alienante ou cedente.

22. NCPC/2015, "Art. 122. A assistência simples não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos."
23. Enunciado n. 389 FPPC, "As hipóteses previstas no art. 122 são meramente exemplificativas". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)
24. NCPC/2015, "Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido".
25. NCPC/2015, "Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico".
26. NCPC/2015, "Art. 18 (...) Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial."
27. NCPC/2015, "Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes."
28. NCPC/2015, "Art. 109. (...) § 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária".
29. NCPC/2015, "Art. 109 (...)Art. 109. (...) § 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária."

3.2. Denunciação da Lide

No novo CPC/2015, a denunciação da lide permanece enquanto intervenção de terceiro vocacionada ao manejo *endoprocessual* dos direitos decorrentes da evicção e das ações regressivas (NCPC, art. 125[30]).

O novo Código positivou expressamente a possibilidade do uso de ação *autônoma regressiva* [31] quando a denunciação for indeferida, não promovida ou não for permitida (§ 1º). A referida disposição põe fim à polêmica do Código de 1973[32] em relação à obrigatoriedade da denunciação da lide. Por outro lado, o NCPC (§ 2º[33], art. 125) só admite "*uma única denunciação sucessiva*" em relação à possibilidade de o denunciado promover a denunciação contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou contra quem seja responsável por indenizá-lo – para além da única denunciação sucessiva, somente a ação regressiva *autônoma* se faria cabível.

Nos termos do art. 126[34] do NCPC, o pedido de citação do denunciado poderá ocorrer na *petição inicial* – se o denunciante for o autor –, ou na *contestação* – se o denunciante for o réu –, aplicando-se as formas e prazos atinentes ao procedimento do chamamento à lide (art. 131[35]).

O art. 127[36] do NCPC/2015 registra a possibilidade de um *litisconsórcio ativo facultativo ulterior* entre denunciante e denunciado. Assim, realizada a denuncia-

30. NCPC/2015, "Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes: I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam; II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo."
31. Enunciado n. 120 FPPC, "A ausência de denunciação da lide gera apenas a preclusão do direito de a parte promovê-la, sendo possível ação autônoma de regresso." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
32. CPC/1973, "Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória: (...)".
33. NCPC/2015 "Art. 125 (...) § 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma".
34. NCPC/2015, "Art. 126. A citação do denunciado será requerida na petição inicial, se o denunciante for autor, ou na contestação, se o denunciante for réu, devendo ser realizada na forma e nos prazos previstos no art. 131."
35. NCPC/2015, "*Art. 131.* A citação daqueles que devam figurar em litisconsórcio passivo será requerida pelo réu na contestação e deve ser promovida no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de ficar sem efeito o chamamento. *Parágrafo único.* Se o chamado residir em outra comarca, seção ou subseção judiciárias, ou em lugar incerto, o prazo será de 2 (dois) meses."
36. NCPC/2015, "Art. 127. Feita a denunciação pelo autor, o denunciado poderá assumir a posição de litisconsorte do denunciante e acrescentar novos argumentos à petição inicial, procedendo-se em seguida à citação do réu."

ção na petição inicial pelo autor, faculta-se ao denunciado assumir a posição de *litisconsorte do denunciante*, sendo-lhe possível acrescer argumentos à petição inicial antes da citação do réu.

A denunciação realizada pelo réu possui seus regramentos expostos no artigo 128[37] do NCPC. Nos termos positivados na legislação processual civil de 2015, o denunciado (pelo réu) pode contestar o pedido do autor e assim assumir a função de *litisconsorte passivo ulterior* do *réu-denunciante*. Por outro lado, a revelia do *denunciado* autoriza o denunciante a agir somente em função da ação regressiva, podendo abster-se de defender-se e recorrer. Por fim, se o *denunciado* confessar os fatos alegados pelo autor é possível ao *denunciante* prosseguir em sua defesa ou aderir à posição do denunciado, pedindo somente a procedência da ação de regresso.

Em relação à legitimidade no *cumprimento de sentença* – quando procedente o pedido da ação principal –, o *parágrafo único38 do art. 128 do NCPC*, autoriza o autor a requerê-lo também contra o denunciado[39], nos limites da ação regressiva.

É importante ressaltar que a sucumbência[40] do denunciante é o *pressuposto* para o julgamento da *lide secundária* (art. 129, *caput*) – decorrente da denunciação da lide. Por outro lado, a vitória do denunciante *obsta* a análise da denunciação – porém, em tais casos o denunciante será condenado ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado (p. único, art. 129).

3.3. Chamamento ao Processo

O chamamento ao processo é a forma de intervenção de terceiros direcionada à integração de devedores solidários[41] à lide.

37. NCPC/2015, "Art. 128. Feita a denunciação pelo réu: I - se o denunciado contestar o pedido formulado pelo autor, o processo prosseguirá tendo, na ação principal, em litisconsórcio, denunciante e denunciado; II - se o denunciado for revel, o denunciante pode deixar de prosseguir com sua defesa, eventualmente oferecida, e abster-se de recorrer, restringindo sua atuação à ação regressiva; III - se o denunciado confessar os fatos alegados pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso".
38. NCPC/2015, "Art. 128 (...) Parágrafo único. Procedente o pedido da ação principal, pode o autor, se for o caso, requerer o cumprimento da sentença também contra o denunciado, nos limites da condenação deste na ação regressiva".
39. Enunciado n. 121 FPPC, "O cumprimento da sentença diretamente contra o denunciado é admissível em qualquer hipótese de denunciação da lide fundada no inciso II do art. 125." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
40. Enunciado n. 122 FPPC, "Vencido o denunciante na ação principal e não tendo havido resistência à denunciação da lide, não cabe a condenação do denunciado nas verbas de sucumbência." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
41. NCPC/2015, "Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu; II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles; III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum".

Em conformidade com o procedimento regulado no art. 131 do NCPC, a citação do "*chamado*" será requerida na *contestação* – citação a qual deve ser promovida em 30 (trinta) dias, sob pena de deixar sem efeito o respectivo chamamento. O prazo de trinta dias, porém, pode ser ampliado para 2 (dois) meses em caso de o *chamado* residir em outra comarca, seção, subseção ou em local incerto (p. único, art. 131, NCPC).

A solidariedade obrigacional existente no chamamento ao processo resta clara no artigo 132 do NCPC, ao se dispor ali que a "sentença de procedência valerá como título executivo em favor do réu que satisfizer a dívida, a fim de que possa exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou, de cada um dos codevedores, a sua quota, na proporção que lhes tocar".

3.4. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ)

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) é considerado uma novidade no NCPC de 2015. Isso porque antes do NCPC não existia regulamento *procedimental* para o instituto da desconsideração prevista no direito material – cujos pressupostos devem ser observados processualmente (§ 1º[42] do art. 133 c/c § 4º[43] do art. 134, NCPC/2015).

Quanto à *legitimidade ativa* para o requerimento de IDPJ, o NCPC (art. 133, *caput*) a atribui para a parte e para o Ministério Público, quanto lhe couber intervir[44] no processo – sendo razoável a aplicação do mesmo raciocínio à Defensoria Pública, quando a esta for atribuída legitimidade interventiva.

Outra grande novidade do novo Estatuto Processual quanto ao IDPJ foi o tratar expresso da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica (§ 2°, art. 133) – quando o objetivo é desconsiderar a zona patrimonial individual do sócio e atingir a pessoa jurídica da qual faz parte.

O IDPJ cabe em todas as fases do *sincrético* processo de conhecimento, inclusive no cumprimento de sentença, e ainda na execução de título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*). A instauração do IDPJ deve ser comunicada imediatamente para anotação pelo distribuidor (§ 1°, art. 134) para fins de controle e publicidade.

42. NCPC/2015, "Art. 133 (...) § 1° O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei."
43. NCPC/2015, "Art. 134 (...) § 4° O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica."
44. Enunciado n. 123 FPPC,"É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*

O requerimento de desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivado na *petição inicial*[45] com o respectivo requerimento citatório do sócio ou da pessoa jurídica, situação na qual não será efetivada via *incidente*, sendo este dispensado (§ 2°, art. 134).

Oportuno ressaltar que a instauração do IDPJ acarreta *suspensão* do processo (§ 3°, art. 134), salvo quando postulado já em petição inicial.

O IDPJ prevê oportunidade para contraditório e para ampla defesa do sócio ou da pessoa jurídica a ser eventualmente afetado(a) pelo incidente e o prazo para manifestação com requerimento de provas é de 15 (quinze) dias (NCPC, art. 135). Portanto, é possível se falar em instrução probatória no IDPJ (art. 136), o qual é decidido ao fim por *decisão interlocutória*[46], recorrível por *Agravo de Instrumento* (art. 1.015, IV[47]) – salvo se decidida no bojo da sentença, quando cabível apelação[48] –, ou por *Agravo Interno*, se a decisão for de relator em Tribunal (p. único[49], art. 136).

Por fim, segue uma regra *heterotópica* de direito material no NCPC: "Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será *ineficaz* em relação ao requerente". Assim, o acolhimento do pedido de desconsideração – em IDPJ ou formulado na petição inicial –, acarreta a *ineficácia* de alienações ou onerações quanto ao autor do requerimento de IDPJ.

3.5. *Amicus Curiae*

Os mistérios envoltos da figura do *Amicus Curiae* rodeiam há tempos a doutrina brasileira[50]. Um dos temas controversos seria a natureza dessa figura interventiva: seria um terceiro ou um auxiliar do juízo? Pois o NCPC/2015 buscou solucionar a problemática apresentando o *amicus curiae* enquanto uma das modalidades de intervenção de terceiro. A questão não está imune a questionamentos, mas a opção legislativa foi realizada.

Nos termos do NCPC (art. 138), o juízo ou relator pode, *oficiosamente*, determinar a oitiva do "*amigo da corte*", que seria – para o Código –, a "pessoa

45. Enunciado n. 125 FPPC, "Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso". *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
46. NCPC/2015, "Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória."
47. NCPC/2015, "Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;"
48. Enunciado n. 390 FPPC, "Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)
49. NCPC/2015, "Art. 136 (...) Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe *agravo interno*".
50. Vide a referencial obra: Bueno, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade[51] adequada". O estopim da referida intervenção não se limita à atividade oficiosa do julgador, sendo possível sua deflagração por requerimento das partes[52] ou do próprio interessado em assumir a função de *amicus curiae*.

Nos termos da legislação processual civil (art. 138), a intervenção do *Amicus Curiae* deve observar os seguintes pressupostos[53-54]: (I) a *relevância* da matéria; (II) a *especificidade* do tema objeto da demanda; (III) ou a *repercussão* social da controvérsia.

A admissão do *amicus curiae* é considerada legalmente enquanto *decisão irrecorrível* (art. 138) e a respectiva manifestação possui o prazo legal de 15 (quinze) dias de sua intimação.

A natureza de terceiro *sui generis* é desvelada pelo § 1° do art. 138 do NCPC. Isso porque a intervenção do *amicus curiae* não acarreta alteração de competência e muito menos se autoriza a interposição recursal – exceto pelo uso dos Embargos de Declaração[55] e quanto aos recursos interpostos em *incidente de resolução de demandas repetitivas* – IRDR (§ 3°[56], art. 138)[57].

Os poderes interventivos do *amicus curiae* são fixados *ope iudicis*. Ou seja, devem ser fixados pelo juiz ou relator em sua decisão de admissão ou solicitação da referida intervenção (§ 2°, art. 138). Além disso, as manifestações do amigo da corte devem ser consideradas para fins de análise da adequação constitucional (CRFB/88, art. 93, IX) e legal (NCPC, art. 489, § 1°) da fundamentação judicial[58].

51. Enunciado n. 127 FPPC, "A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*
52. As partes, porém, não podem por suas negociações processuais impedir a atuação de terceiro *amicus curiae* – conforme o enunciado n. 392 FPPC: "As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*." (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).
53. Enunciado n. 395 FPPC: "Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).
54. Enunciado n. 393 FPPC: "É cabível a intervenção de *amicus curiae* no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciados de súmula pelos tribunais". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)
55. Enunciado n. 394 FPPC: "As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*". (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros).
56. NCPC/2015, "Art. 138 (...) § 3° O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."
57. Enunciado n. 391 FPPC,"O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos". (Grupos: Litisconsórcio e intervenção de terceiros; Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência).
58. Enunciado n. 128 FPPC, "No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros).*

3.6. Intervenções Constitucionais

O Sistema de Justiça Brasileiro (SJB) na Constituição é integrado, para além do Poder Judiciário, por funções essenciais à Justiça, tais como o Ministério Público (art. 127), a Defensoria Pública (art. 134) e a Advocacia Pública (art. 132) – afora da indispensável Advocacia Privada (art. 133). Os dois primeiros órgãos (MP e DP) atuam em "*presentação institucional*" – embora a Defensoria Pública atue predominantemente (numericamente falando) em "*representação*" do interesse dos necessitados –, possuindo interesse constitucional a tutelar judicial ou extrajudicialmente.

Tanto o Ministério Público, quanto a Defensoria Pública, tem sua *intervenção* e sua *essencialidade* reconhecidas em diversas ocasiões, tais como nas hipóteses relacionadas às demandas possessórias de caráter multitudinário (NCPC, art. 554, § 1°) e de impacto coletivo[59], quanto nas intimações para análise da viabilidade de propositura de demandas coletivas[60-61].

No contexto referido, a atuação institucional do Ministério Público e da Defensoria Pública no Processo Civil merece tópico específico no estudo da intervenção de terceiros, como se faz a seguir.

3.6.1. *Ministério Público*

O Ministério Público – tradicionalmente denominado "*Custos Legis*" –, recebe a menção no novo Código de Processo Civil enquanto Fiscal da Ordem Jurídica ("*Custos Iuris*"), denotando sua atuação voltada à amplitude do ordenamento jurídico e não somente limitada à Lei.

O prazo para manifestação ministerial enquanto *Fiscal da ordem jurídica* é de 30 (trinta) dias (art. 178, NCPC), sendo prevista[62-63] a intervenção para casos

59. Enunciado n. 328 FPPC: "Os arts. 554 e 565 do CPC aplicam-se à ação de usucapião coletiva (art. 10 da Lei 10.258/2001) e ao processo em que exercido o direito a que se referem os §§4º e 5º do art. 1.228, Código Civil, especialmente quanto à necessidade de ampla publicidade da ação e da participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos estatais responsáveis pela reforma agrária e política urbana". (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante).

60. NCPC/2015, "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o *Ministério Público, a Defensoria Pública* e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5° da Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva."

61. Enunciado n. 119 FPPC: "Em caso de relação jurídica plurilateral que envolva diversos titulares do mesmo direito, o juiz deve convocar, por edital, os litisconsortes unitários ativos incertos e indeterminados (art. 259, III), cabendo-lhe, na hipótese de dificuldade de formação do litisconsórcio, oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou a outro legitimado para que possa propor a ação coletiva." *(Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros; redação revista no VII FPPC-São Paulo).*

envolvendo: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

É preciso expor a existência de menção expressa à intervenção ministerial nas possessórias multitudinárias (NCPC, art. 554, § 1°) e para participação nas audiências do processo possessório coletivo (art. 565, § 2°).

Em regra, será nulo o processo quando não intimado o Ministério Público em causa que deva intervir[64], invalidando-se os atos praticados a partir da omissão judicial quanto à intimação do *Parquet*[65]. A nulidade em decorrência da ausência de intimação ministerial, quando devida, deve observar a existência de *prejuízo* ou não ao *interesse ministerial*, sendo necessária a prévia oitiva do agente ministerial antes da definição da existência da referida nulidade (art. 279, § 2°, NCPC[66]) – ao dispor nesse sentido, o NCPC acolhe jurisprudência[67] consolidada sobre o tema oriunda Superior Tribunal de Justiça (STJ), tanto no procedimento comum previsto no CPC, quanto para além dele[68].

Também acolhendo *jurisprudência consolidada* do STJ, o NCPC assevera que a participação da Fazenda Pública não torna, *por si*, o caso de intervenção ministerial (p. único, art. 178), mesmo em *ações de desapropriação*[69] e em *ações*

62. Enunciado n. 254 FPPC: "É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica". (Grupo: Negócios Processuais).

63. Enunciado n. 467 FPPC: "O Ministério Público deve ser obrigatoriamente intimado no incidente de assunção de competência". (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência).

64. NCPC/2015, "Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir."

65. NCPC/2015, "Art. 279 (...) § 1° Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado."

66. NCPC/2015, "Art. 279. (...) § 2° A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo."

67. "(...) 2. A jurisprudência desta Corte já assentou entendimento de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes, o que não ocorreu no caso dos autos. (...)". (STJ, AgRg no AREsp 720.764/SE, Rel. Min. Moura Ribeiro, 3ª T., j. 22/9/2015, DJe 06/10/2015).

68. "(...)1. A ausência de prévia intimação do Ministério Público Federal, nos termos do art. 18, § 2º, da LC 76/93, pode ser suprida posteriormente, caso não haja prejuízo para as partes, motivo pelo qual não há falar em nulidade da decisão agravada. (...)". (STJ, AgRg no AREsp 501.837/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1ª T., j. 19/5/2016, DJe 31/5/2016).

69. "Administrativo e Processual Civil. Indenização. Desapropriação Indireta. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. 1. Impossível a manutenção do entendimento originário, porquanto a intervenção ministerial não é determinada pelo valor da causa e não possui natureza probatória a ensejar o entendimento de que a necessidade depende do livre convencimento do juiz. 2. De fato, como consignado na decisão agravada, desarrazoada a determinação da Corte de origem quanto à necessidade de intervenção do Parquet no presente caso, porquanto esta Corte tem firme entendimento no sentido de que a "*ação de desapropriação indireta é ação de indenização, de cunho patrimonial, não havendo interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público*" (REsp 827.322/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 18/12/2007,

monitórias movidas em desfavor do *Poder Público*[70] – principalmente por se tratar de interesse público *secundário* e meramente patrimonial[71]. Portanto, o interesse ministerial e o interesse fazendário são notoriamente distintos[72], embora possam se confundir de modo eventual.

Por fim, ressalte-se a salutar legitimidade como *interveniente* ("*custos legis et iuris*") – e não só enquanto parte, portanto –, do Ministério Público para intervir nos Incidentes de Demandas Repetitivas (IRDR)[73] e de Assunção de Competência (IAC)[74], nos quais cumprirá sua missão constitucional, que é institucionalmente distinta[75] da Defensoria Pública nos mesmos incidentes, consoante será exposto no próximo tópico.

DJe 28/11/2008, g.n.). (...)". (STJ, AgRg no AREsp 94.392/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., j. 12/11/2013, DJe 6/3/2014).

70. "(...) 1. O simples ajuizamento de ação monitória em face da Fazenda Pública não se caracteriza como interesse público apto a determinar a intervenção obrigatória do Ministério Público. (...)". (STJ, REsp 1196773/PA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 19/9/2013, DJe 29/10/2013).

71. "Administrativo e Processual Civil. Intervenção do Ministério Público. Desapropriação Indireta. Divergência demonstrada. Interesse público. Ausência de obrigatoriedade. 1. A ação de desapropriação indireta tem conteúdo patrimonial que a vincula ao chamado interesse público secundário, cuja titularidade é atribuída à Fazenda Pública, devidamente representada em juízo por seus órgãos de *procuratura judicial*. Ao Ministério Público, em regra, cabe a defesa do interesse público primário (art. 82, inciso III, do CPC). 2. A natureza patrimonial da ação, especialmente ligada a interesses econômicos, implica que a não intervenção do Ministério Público é insusceptível de anular todo o processo sob esse exclusivo fundamento. 3. "O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da fazenda pública, que dispõe de defensor próprio e e protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência." (RE 86.328/PR, Relator Min. Decio Miranda, RTJ 98-1). Precedentes do STJ e do STF. 4. Em regra, a ação de desapropriação direta ou indireta não pressupõe automática intervenção do Parquet, exceto quando envolver, frontal ou reflexamente, proteção ao meio ambiente, interesse urbanístico ou improbidade administrativa. Embargos de divergência providos." (STJ, EREsp 506.226/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. 24/4/2013, DJe 05/6/2013).

72. "(...) 1. O Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que o interesse público a justificar a obrigatoriedade da participação do Ministério Público *não se confunde* com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública. Precedentes. (...)". (STJ, AgRg no REsp 1147550/GO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 1ª T., j. 2/9/2010, DJe 19/10/2010).

73. NCPC/2015, "Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (...) II - pelas partes, por petição; III - pelo *Ministério Público* ou pela Defensoria Pública, por petição."

74. NCPC/2015, "Art. 947 (...) § 1° Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do *Ministério Público* ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar."

75. Distinguindo a Legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Público no IRDR: Casas Maia, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

3.6.2. Defensoria Pública

Em sua origem, o *modelo constitucional* (1988) de assistência jurídica brasileira denominado "Defensoria Pública" remonta à 21/7/1954, através da criação de 6 (seis) cargos – isolados e de provimento efetivo –, de *defensor público* no âmbito da *Procuradoria Geral de Justiça* (PGJ), por meio da Lei Estadual n. 2.188/1954 (do antigo estado do Rio de Janeiro, que excluía a atual cidade do Rio de Janeiro, então Distrito Federal sucedido pela cidade da Guanabara).

Com efeito, reconhecer a origem remota da Defensoria Pública brasileira revela indícios do seu *interesse institucional* e da natureza do órgão enquanto função de procuradoria de justiça via *defesa pública* – e não por persecução-acusação pública, como é vocacionado o Ministério Público na esfera penal, por exemplo.

A Defensoria Pública tem vocação constitucional para a tutela dos necessitados e dos direitos humanos. A Constituição (*art. 134 c/c inciso LXXIV, art. 5º*), por sua vez, não delimita a forma de atuação judicial ou extrajudicial da Defensoria Pública em *representação* ou em *presentação institucional*. Tal zona de abertura constitucional – ao lado do reforço da visão da Defensoria enquanto legitimada coletiva –, permitiu a visualização de um "Estado Defensor" cuja missão é atuar em favor das *necessidades humanas* e dos mais *vulneráveis*, cedendo espaço às denominações conectadas à tutela subjetiva de direitos, tais como *Custos Vulnerabilis*[76], *Amicus Communitas*[77] (ou *Amicus Communitatis*[78]), *Custos Plebis*[79], *Custos Libertatis*[80] e *Custos Humanus*[81], tais expressões culminam por expor a Defensoria Pública como amiga do vulnerável (*Amicus Vulnerabilis*)[82].

---

76. *Custos Vulnerabilis*: Expressão utilizada pela primeira vez por Maurilio Casas Maia, na Revista Jurídica Consulex de 1º de junho de 2014, a fim de distinguir as missões constitucionais da Defensoria Pública – *Custos Vulnerabilis* –, e do Ministério Público – *Custos Legis*.

77. A expressão *Amicus Communitas* foi cunhada pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas Daniel Gerhard e seu objetivo, dentre outros, seria designar a vocação constitucional da Defensoria Pública para proteger as *comunidades vulneráveis* e não para ser necessariamente uma "amiga da Corte" (*Amicus Curiae*).

78. Casas Maia, Maurilio. A singularidade da Defensoria Pública para a autonomia: uma promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. *In*: Rocha, Bheron. Casas Maia, Maurilio. Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro. (Org.). *Autonomia e Defensoria Pública*: Aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 63.

79. A expressão "*Amicus Plebis*" ou "*Custos Plebis*" é relacionada à missão da Defensoria Pública de ser protetora de segmentos sociais excluídos. A primeira referência do termo localizada até o presente momento é do Professor Camilo Zufelato.

80. Paiva, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 323.

81. Esteves, Diogo, Silva, Franklyn Roger Alves. ***Princípios Institucionais da Defensoria Pública***. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 386-387.

82. Rocha, Jorge Bheron. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de Ação Civil Pública tendo por objeto direitos transindividuais*. Fortaleza: Bouleiss Editora, 2017, p. 20.

Não obstante existam diversos estudos sobre a atividade defensorial de *representação postulatória* dos necessitados e de *presentação institucional* na esfera coletiva, a atividade interventiva da Defensoria Pública – enquanto terceira interveniente –, segue ainda com poucas análises profundas. A situação deve se alterar com o advento do NCPC[83], o qual reserva diversos dispositivos específicos sobre a Defensoria Pública – em especial, vide art. 185[84] ao art. 187 do novo Estatuto Processual.

No cenário da intervenção processual da Defensoria Pública no NCPC, merece destaque a intervenção defensorial nas possessórias *multitudinárias*[85] e *coletivas*[86], a qual também foi denominada *Custos Vulnerabilis*[87-88] pela "Comissão Especial de Direito à Moradia e Questões Fundiárias" do Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE)[89] e referenciada da mesma

83. Sobre Defensoria Pública no NCPC, vide: Casas Maia, Maurilio. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil (NCPC): Primeira Análise. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 265, p. 301-341, Mar. 2017.

84. NCPC/2015, "Art. 185. A Defensoria Pública exercerá a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.".

85. NCPC/2015, "Art. 554 (...) § 1° No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública."

86. NCPC/2015, "Art. 565 (...)§ 2° O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça."

87. Sobre a intervenção da Defensoria Pública enquanto *Custos Vulnerabilis*, conferir: (1) Casas Maia, Maurilio.
A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC* - Doutrina Selecionada - V.1 - Parte Geral. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. I, p. 1253-1292; (2) Passadore, Bruno. A Defensoria Pública enquanto Custos Vulnerabilis. In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 121-128; (3) Gomes, Marcos Vinicius Manso Lopes. A vocação defensorial do novo Código de Processo Civil: permissão para intervenção defensorial "*custos vulnerabilis*". In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 129-140; (4) Pimentel, Renan Augusto da Gama. A atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias – uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1º do novo Código de Processo Civil. In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 153-195; (5) Gonçalves Filho, Edilson Santana. *Defensoria Pública e a tutela coletiva de Direitos*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 93.

88. Sobre a legitimação extraordinária da Defensoria Pública, vide: Silva Neto, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: A atuação da Defensoria Pública conforme o novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: Silva, Franklyn Roger Alves. *CPC/2015*: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 51-64.

89. Enunciado n. 1: "A atuação da Defensoria Pública, prevista no §1º do artigo 554 do CPC, se dá na condição de *custus vulnerabilis* e não se confunde com a atuação de representantes dos réus e curador especial, podendo, em tese, essas três formas de atuação recair sobre o mesmo defensor na ausência de conflito, ou sobre defensores distintos".

forma em enunciados exarados no seio da Defensoria baiana[90] e paranaense[91]. Um exemplo da importância e utilidade da intervenção defensorial de "*Custos Vulnerabilis*", é caso do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) admitindo a intervenção defensorial em possessória multitudinária e acolhendo pedido recursal no sentido de suspender medida liminar possessória deferida em primeiro grau[92], resultando no benefício de 65 (sessenta e cinco) famílias carentes naquela ocasião.

No NCPC/2015, a Defensoria Pública lhe vê atribuída também a legitimidade para a instauração do *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*[93] – conforme art. 977, inciso III –, do mesmo modo que atribuída ao julgador (inciso I), às partes (inciso II) e ao Ministério Público (III). Assim sendo, percebe-se ainda na atividade interventiva da Defensoria Pública sua vocação[94] de potencializar o *contraditório* em favor dos necessitados e motivar a formação de *precedentes* pró-vulneráveis, enquanto papel institucional[95] central.

90. "A expressão 'pessoas em situação de hipossuficiência econômica' do *art. 554, §1º*, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada considerando-se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade da *coletividade*, atuando a Defensoria Pública *como instituição interveniente* na condição de *Custos Vulnerabilis*". (Enunciado n. 13 de Direitos Humanos aprovado no Congresso de Defensores Públicos da Bahia, Diário Oficial da Bahia, **Salvador, Bahia-Quinta-Feira, 27/7/2017, Ano CI nº 22226, g.n.).**

91. "A previsão de intervenção da Defensoria Pública contida no *art. 554, § 1º do CPC* é hipótese de intervenção na qualidade de '*custos vulnerabilis*' de natureza exemplificativa, não limitada a ações possessórias ou por critérios econômicos". (Tese Institucional n. 12, Redação aprovada pela maioria de 2/3 dos presentes - I Encontro Estadual dos Defensores Públicos do Paraná – 2017, g.n.).

92. Trata-se do *Agravo de Instrumento nº 2122812-54.2016.8.26.0000*, relatado pelo desembargador Carlos Henrique Abrão, cuja decisão proferida em 21/6/2016 em Agravo de Instrumento interposto pela Defensoria Pública de São Paulo (via defensor público Douglas Tadashi Magami), beneficiou 65 famílias carentes da região do Campo Limpo, na zona sul de São Paulo.

93. Sobre a Defensoria Pública e sua legitimidade no IRDR, vale conferir: (1) Jereissati, Régis Gurgel do Amaral. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência como mecanismos de uniformização da jurisprudência nos Tribunais e a participação da Defensoria Pública na formação dos precedentes. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405-538; (2) Passadore, Bruno. Defensoria Pública no IRDR: uma análise a partir de novas atribuições da Defensoria Pública no Sistema Jurídico. In: _____. Camelo, Fabiola Parreira. Raskin, Paula Grein Del Santoro. Silva, Ricardo Menezes da. *Defensoria Pública*: Estudo sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017; (3) Casas Maia, Maurilio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

94. "*A Defensoria Pública é a instituição mais vocacionada a concretizar (ou, ao menos, impulsionar) direitos dos vulneráveis*". (Santos Neto, Arlindo Gonçalves dos. Defensoria Pública de Anitta. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, v. 101, p. 70-71, Out. 2014).

95. Casas Maia, Maurilio. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente à Ordem Jurídica e aos poderes públicos. In: Costa-Corrêa, André L. Silvio, Solange Almeida Holanda. *Sociedade e Estado*: Do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Porto Alegre: Paixão Editores, 2017, p. 145-166.

Com vistas à formação de precedente *pró-vulnerável*, mas desta vez em situações não previstas expressamente na Legislação, o Judiciário amazonense já visualizou o *interesse constitucional-institucional* da Defensoria Pública. Nesse sentido, há decisão interlocutória[96] acolhendo a possibilidade de intervenção defensorial em processo individual do consumidor a fim de formar precedente favorável futuramente a toda *coletividade-consumidora*[97] (parágrafo único, art. 2°, Código de Defesa do Consumidor). Além desse caso, a partir de intervenção espontânea da Defensoria Pública com lastro no inciso XI[98] do art. 4° da LC n. 80/1994, o Judiciário amazonense também reconheceu a legitimidade interventiva da Defensoria Pública em *Apelação Cível*[99], situação na qual estava em risco o interesse de vulnerável (interditando) e foi acolhida a manifestação benéfica da Defensoria Pública.

Com efeito, convém mencionar o posicionamento favorável de Cassio Scarpinella Bueno – na 4ª edição de seu Manual de Direito Processual Civil, publicado em 2018[100] –, à intervenção defensorial enquanto *Custos Vulnerabilis*, tanto em termos gerais no interesse institucional da Defensoria Pública, como também nas possessórias multitudinárias e no IRDR.

Enfim, falar-se em *intervenção defensorial* é tema (ainda) novo e incipiente. Entretanto, deve ser pauta constante de norte a sul do país até a ocorrência de sua consolidação.

3.7. Nomeação à autoria?

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) registrava a *nomeação à autoria* enquanto uma forma de intervenção de terceiro, cuja finalidade era a correção do polo passivo do processo. Entretanto, a exigência de aceitação pelo

96. Trata-se de decisão interlocutória proferida em 11/4/2016, no *Processo n.º 0001622-07.2014.8.04.*5800 (Comarca de Maués-Amazonas) pelo juiz de direito Jean Carlos Pimentel, na qual *"litigante eventual" - consumidor* -, buscava em face de *"litigante habitual"* - Instituição Financeira -, obter um inédito precedente admitindo cumulação entre dano moral e temporal (enquanto categoria lesiva autônoma).

97. Sobre o conceito de coletividade consumidora e a Defensoria Pública, vide: Barletta, Fabiana Rodrigues. Casas Maia, Maurilio. Idosos e Planos de Saúde: Os Necessitados Constitucionais e a Tutela Coletiva Via Defensoria Pública - Reflexões sobre o conceito de Coletividade Consumidora após a ADI 3943 e o ERESP 1192577. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 201-227, Jul.-Ago. 2016.

98. LC n. 80/1994, "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...) XI - exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de *outros grupos sociais vulneráveis* que mereçam proteção especial do Estado;" (g.n.)

99. Cabe referência expressa a acórdão de Apelação Cível (em Ação de Interdição) do Tribunal de Justiça do Amazonas, no qual foi admitida e acolhida a manifestação da Defensoria Pública enquanto órgão interveniente, *Custos Vulnerabilis*: TJ-AM, Apelação Cível nº 0002061-84.2016.8.04.0000, 2ª Câmara Cível, Rel. des. Ari Jorge Moutinho da Costa, p. 138, j. 28/11/2016.

100. Bueno, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, págs. 226, 567 e 742.

nomeado (art. 66[101], CPC/1973) a fim de promoção da sobredita correção era, no mínimo, estranha.

O NCPC/2015 não reitera a *nomeação à autoria* enquanto intervenção de terceiro. Porém, o novo Código possui procedimento específico (art. 338-339) a ser deflagrado a partir da manifestação do réu, servindo exatamente como mecanismo de correção do polo passivo.

No NCPC, a *correção do polo passivo* pode se instaurar a partir da contestação. Isso ocorrerá quando réu alegar ser *parte ilegítima* ou *não responsável* pelo prejuízo que lhe é imputado. Em casos tais, o juiz facultará ao autor a *substituição do réu* em 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 338, em seu *caput*. Caso a referida substituição ocorra, o autor deve reembolsar despesas e pagar honorários ao procurador do réu excluído – fixados entre 3 (três) e 5 (cinco) por cento do valor da causa ou nos termos do § 8º[102] do art. 85 (por *apreciação equitativa*), em caso de valor irrisório (p. único, art. 338).

O NCPC (art. 339[103]) impõe ao réu que alude à própria *ilegitimidade*, o ônus de indicar o polo passivo *legítimo* sempre que tiver conhecimento – sob pena de arcar com as despesas processuais e ainda de *indenizar* os prejuízos do autor por consequência da ausência de indicação tempestiva.

Quando indicado um polo passivo supostamente legítimo pelo réu originário, o autor pode (1) *rejeitar* a indicação, (2) *aceitá-la* – realizando a *substituição* no prazo de 15 dias (art. 339, § 1°), respondendo ainda pelos ônus nos termos do parágrafo único do art. 338 do NCPC –, e ainda poderá realizar a (3) *inclusão no polo passivo* – em um *litisconsórcio passivo ulterior* –, do sujeito indicado pelo réu (§ 2°, art. 339).

3.8. Oposição?

Na vigência do CPC/1973, a Oposição era uma forma típica de intervenção de terceiro pela qual o um terceiro se opunha tanto ao autor, quanto ao réu, na disputa pelo objeto litigioso entre estes últimos. Por outro lado, o NCPC/2015 regula a oposição não mais como intervenção de terceiro típica, mas sim como procedimento especial que permite a um terceiro se opor ao autor e réu[104].

A oposição é manifestação e exercício do direito de ação de um terceiro quanto às partes principais de um processo. Por essa razão, submete-se aos requisitos exigidos para a propositura da ação (art. 683, *caput*).

101. CPC/1973, "Art. 66. Se o nomeado reconhecer a qualidade que lhe é atribuída, contra ele correrá o processo; se a negar, o processo continuará contra o nomeante."

102. NCPC/2015, "Art. 85 (...) § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º."

103. NCPC/2015, "Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação."

104. NCPC/2015, "Art. 682. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.".

A *distribuição* da oposição será *vinculada* e dar-se-á por *dependência*, implicando na citação de autor e réu por seus advogados para contestação no prazo *comum* de 15 (quinze) dias (p. único, art. 683).

Se um dos opostos (autor ou réu na ação principal) reconhecer o pedido, tal medida resultará na continuidade da oposição do *opoente* contra somente um dos opostos, aquele que resistiu à pretensão (art. 684).

A oposição, quando admitida, será apensada aos autos da ação originária, tramitando *simultaneamente*, sendo ainda julgadas na mesma sentença (art. 685, *caput*). Quando julgadas conjuntamente, o mérito da oposição será analisado antes mesmo da ação originária (art. 686).

É possível que a oposição acarrete a *suspensão processual* – após a produção de provas (p. único, do art. 685) –, quando for proposta *após o início da audiência de instrução*. Todavia, a suspensão pode ser afastada quando a unidade da instrução atender mais eficazmente ao princípio da razoável duração do processo.

4. NOTAS CONCLUSIVAS

Ao fim, mesmo após as atualizações inseridas no presente artigo para a nova edição desta obra – com a inserção de enunciados do FPPC e outros elementos jurídicos relevantes –, este trabalho permaneceu fiel à diretriz inicialmente proposta: expor o litisconsórcio e a intervenção de terceiros em termos basilares e objetivamente, à luz dos termos positivados pela codificação processual de 2015. Porém, este texto ainda permanece longe de esgotar a temática proposta em todas as suas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais – motivo pelo qual a seguir são expostas referências úteis ao conhecimento e aprofundamento dos estudos sobre litisconsórcio e intervenção de terceiros.

5. REFERÊNCIAS

Almeida Filho, Carlos Alberto Souza; Maia, Maurílio Casas. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de suspensão de liminar, segurança e tutela antecipada. *Revista de Processo.* São Paulo, v. 239, p. 247-261, jan. 2015.

Amaral, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC.* São Paulo: Ed. RT, 2015.

Araújo, Fábio Caldas de. *Curso de Processo Civil.* Tomo I – Parte Geral. São Paulo: Malheiros, 2016.

______. *Intervenção de Terceiros.* São Paulo: Malheiros, 2015.

Araújo, José Aurélio de. O Litígio coletivo da posse dos artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da atuação da Defensoria Pública. In: Sousa, José Augusto Garcia de. (Coord.) *Defensoria Pública.* Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier Júnior), p. 527-547.

Arruda, Ígor Araújo de. *Defensor Público Estadual.* Salvador: JusPodivm, 2018.

Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro. Maia, Maurilio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 230, p. 349-365, 2014.

Barletta, Fabiana Rodrigues. Casas Maia, Maurilio. Idosos e Planos de Saúde: Os Necessitados Constitucionais e a Tutela Coletiva Via Defensoria Pública – Reflexões sobre o conceito de Coletividade Consumidora após a ADI 3943 e o ERESP 1192577. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 106, p. 201-227, Jul.-Ago. 2016.

Benjamin, Antônio Herman. A Legitimidade da Defensoria Pública à ação civil pública. In: Grinover, Ada Pellegrini. Benjamin, Antônio Herman. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Vigoriti, Vincenzo. *Processo Coletivo*: do surgimento à atualidade. São Paulo: Ed. RT, 2014, 931-940.

Bochenek, Antônio César. Cambi, Eduardo. (Coord.). *Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Ed. RT, 2016.

Brito, Rafael Almeida Cró. *Formação Humanística*: Resolução n. 75. Conselho Nacional de Justiça. São Paulo: Nelpa, 2010.

Bueno, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro*: um terceiro enigmático. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

______. *Curso sistematizado de Direito Processual.* V. 2. T. III. São Paulo: Saraiva, 2013.

______. *Manual de Direito Processual Civil.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

______. *Novo Código de Processo Civil anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

______. *Partes e Terceiro no Processo Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

Cabral, Antônio do Passo. Cramer, Ronaldo. (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

______. Despolarização do Processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. In: Didier Jr., Fredie. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo.* Salvador: JusPodivm, 2012, p. 133-192.

Câmara, Alexandre Freitas. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuíza Ação Civil Pública: um possível primeiro pequeno passo em direção a uma grande reforma. In: Sousa, José Augusto Garcia de. *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos*: Comemorando a Lei Federal 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

______. *Lições de Direito Processual Civil.* V. 1. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Cambi, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Ed. RT, 2009.

Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Carneiro, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros.* 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Casas Maia, Maurilio. A Defensoria Pública enquanto institucionalização constitucional da defesa dos vulneráveis frente à Ordem Jurídica e aos poderes públicos. In: Costa-Corrêa, André L. Silvio, Solange Almeida Holanda. *Sociedade e Estado*: Do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Porto Alegre: Paixão Editores, 2017, p. 145-166.

______. Casas Maia, Maurilio. A Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil (NCPC): Primeira Análise. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 265, p. 301-341, Mar.. 2017.

______. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4°-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC* - Doutrina Selecionada - V. 1 - Parte Geral. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.

______. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, p. 351-383, Set.-Out. 2015.

______. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais*: novas perspectivas. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 182-204.

______. A singularidade da Defensoria Pública para a autonomia: uma promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. *In*: Rocha, Bheron. Casas Maia, Maurilio. Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro. (Org.). *Autonomia e Defensoria Pública*: Aspectos constitucionais, históricos e processuais. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 57-78.

______. Expressão e instrumento da democracia: sobre o Estado defensor e a EC 80/2014. ADV: Informativo COAD, fascículo semanal n. 46/2015, Rio de Janeiro, p. 190-189, Nov. 2015.

______. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017.

Costa, Moacyr Lôbo da. *A intervenção Iussu Iudicis* no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Edição Saraiva, 1961.

Didier Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I. 17ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

______; Macêdo, Lucas Buril de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC* - Doutrina Selecionada - V.1 - Parte Geral. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.

______. Os três modelos de Direito Processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: Leite, George Salomão. Sarlet, Ingo Wolfgang. Carbonell, Miguel. (coord.) *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 427-439

______. Zaneti Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 5. 9ª ed. Salvador: Ed. Jus*Podivm*, 2014.

______. *Recurso de Terceiro*: Juízo de Admissibilidade. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Dinamarco, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

______. *Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

______. Instituições de Direito Processual Civil. V. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Esteves, Diogo. Silva, Franklyn Roger Alves. A Curadoria Especial no Novo Código de Processo Civil. In: Sousa, José Augusto Garcia de. (Coord.) *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier Júnior), p. 129-163.

______. A nova disciplina da legitimação extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil. In: Sousa, José Augusto Garcia de. (Coord.) *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier Júnior), p. 313-344.

______. Princípios Institucionais da Defensoria Pública. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Fensterseifer, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública*: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) dos indivíduos e grupos sociais necessitados. São Paulo: Saraiva/IDP, 2015.

Figueiredo, Simone Diogo Carvalho. *O Novo CPC anotado e comparado para Concursos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Galliez, Paulo. *A Defensoria Pública*, o Estado e a Cidadania. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

______. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

Gerhard, Daniel. Santana Filho, Edilson. Casas Maia, Maurilio. Defensoria Pública e legitimidade coletiva: *Amicus Communitas e Custös Vulnerabilis*. [artigo ainda não publicado].

Gerhard, Daniel. Casas Maia, Maurilio. O Defensor-Hermes e *amicus communitas*: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, p. 23-26, 15 Ago. 2015.

______. O Defensor-hermes, o *amicus communitas*: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. Informativo Jurídico In Consulex, Brasília, v. 22, p. 11-12, 1° Jun. 2015.

Gomes Júnior, Luiz Manoel. *Curso de Direito Processual Civil Coletivo*. 2ª ed. São Paulo: SRS ed., 2008.

Gomes, Marcos Vinicius Manso Lopes. A vocação defensorial do novo Código de Processo Civil: permissão para intervenção defensorial "*custos vulnerabilis*". In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 129-140.

Gonçalves Filho, Edilson Santana. Defensoria Pública: *Amicus Communitas*. In: ANADEP. *Livro de teses e práticas exitosas*: Defensoria como metagarantia: Transformando promessas constitucionais em efetividade. XII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Curitiba: ANADEP, 2015, p. 75-81.

______. *Defensoria Pública e a tutela coletiva de Direitos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Jereissati, Régis Gurgel do Amaral. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência como mecanismos de uniformização da

jurisprudência nos Tribunais e a participação da Defensoria Pública na formação dos precedentes. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. CPC/2015: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 405-538.

Melotto, Amanda Oliari. *A Defensoria Pública e a proteção de direitos metaindividuais por meio de ação civil pública*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

Milhomens, Jônatas. *Da Intervenção de Terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Miragem, Bruno. Responsabilidade Civil Médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 63, p. 52-91, jul.-set. 2007.

Neves, Daniel Amorin Assumpção. Tutela Coletiva do Consumidor em juízo. In: ______.

Tartuce, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método, 2014, p. 640-648.

Nunes, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

Oliveira, Pedro González Montes de. Löwenkron, Marina. O papel da Defensoria Pública na implementação de serviços socioassistenciais. In: ANADEP. *Livro de teses e práticas exitosas*: Defensoria como metagarantia: Transformando promessas constitucionais em efetividade. XII Congresso Nacional dos Defensores Públicos. Curitiba: ANADEP, 2015, p. 193-200.

Ommati, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Paiva, Caio. *Prática Penal para a Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Passadore, Bruno. A Defensoria Pública enquanto Custos Vulnerabilis. In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 121-128

______. Defensoria Pública no IRDR: uma análise a partir de novas atribuições da Defensoria Pública no Sistema Jurídico. In: Passadore, Bruno. Camelo, Fabiola Parreira. Raskin, Paula Grein Del Santoro. Silva, Ricardo Menezes da. *Defensoria Pública*: Estudo sobre atuação e função. Curitiba: Juruá, 2017.

Pimentel, Renan Augusto da Gama. A atuação da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias – uma análise da posição processual do órgão defensorial na hipótese do art. 554, § 1° do novo Código de Processo Civil. In: Casas Maia, Maurilio. *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: 2017, p. 153-195.

Rocha, Amélia Soares da. *Defensoria Pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

Rocha, Jorge Bheron. *Legitimação da Defensoria Pública para ajuizamento de Ação Civil Pública tendo por objeto direitos transindividuais*. Fortaleza: Bouleiss Editora, 2017.

Rodrigues, Daniel Conalgo. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: RT, 2017.

Rudolfo, Fernanda Mambrini. *Precisamos falar sobre a Defensoria Pública*. Florianópolis: EModara, 2018.

Santos Neto, Arlindo Gonçalves dos. Defensoria Pública de Anitta. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, v. 101, p. 70-71, Out. 2014.

Santos, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

Schmitt, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis*: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas. 2014.

Schwartz, Fábio. Legitimidade da Defensoria para ações coletivas – Comentário ao REsp. 1192577. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 96, p. 403-432, Nov.-Dez. 2014.

Silva Neto, Arthur Corrêa. Legitimação Extraordinária na tutela individual de pessoas que componham grupos sociais vulneráveis: A atuação da Defensoria Pública conforme o novo Código de Processo Civil – CPC/2015. In: Silva, Franklyn Roger Alves. *CPC/2015*: Perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 51-64.

Sousa, José Augusto Garcia de. A Defensoria Pública e o Código de Processo Civil de 2015: Novos caminhos – e responsabilidades – para uma instituição enfim essencial. In: ______. (Coord.) *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier Júnior), p. 469-526.

Tartuce, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

______. Vulnerabilidade processual no Novo CPC. In: Sousa, José Augusto Garcia de. (Coord.) *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5. Coordenador Geral: Fredie Didier Júnior).

Welsch, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2016. (Coleção Lieban. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. Orientador científico: José Manoel de Arruda Alvim Netto).

Zaneti Jr., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*; 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Zufelato, Camilo. A participação da Defensoria Pública nos processos coletivos de hipossuficientes: da legitimidade ativa à intervenção *ad coadjuvandum*. In: Ré, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Temas aprofundados de Defensoria Pública*. V. 1. 2ª ed., 2ª tir. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 303-332.

A FORMATAÇÃO PROCESSUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Franklyn Roger Alves Silva

1. INTRODUÇÃO

O protagonismo da Defensoria Pública dentro das normas do sistema jurídico é uma realidade construída nos últimos dez anos, talvez em decorrência do crescente avanço institucional na prestação dos serviços de assistência jurídica.

Quando da promulgação da Constituição de 1988, o constituinte delineou o sistema de justiça colocando o Judiciário e o Ministério Público como vértices do acesso à justiça, em razão das inúmeras garantias e funções previstas em seu texto.

Com o passar dos anos e a evolução do pensamento sobre o conceito de acesso à justiça, verificou-se que o Ministério Público não era capaz de tutelar os interesses individuais de hipossuficientes, de modo que o art. 134 da Constituição Federal, que tratava da Defensoria Pública, ganhou aplicabilidade plena, com a edição da Lei Complementar n. 80/94.

No processo de amadurecimento legislativo da Defensoria Pública, a instituição ganhou novas funções, deixando de se constituir como um mero organismo estatal apto a prestar assistência jurídica individual e se apresentando como um novo vértice do sistema de Justiça, principalmente em razão de sua autonomia concedida pelas Emendas Constitucionais n. 45/04, 69/12 e 74/13.

Mais recentemente o universo da Defensoria Pública foi presenteado com a aprovação e promulgação Emenda Constitucional n. 80, de 29 de maio de 2014, fruto da Proposta de Emenda à Constituição n. 04/14 do Senado Federal, também conhecida como PEC n. 247/13, em razão de sua numeração na Câmara dos Deputados.

Em linha de síntese, a alteração do texto constitucional culminou na reformulação do art. 134 da Constituição Federal e na reestruturação das Seções atinentes ao Capítulo das Funções Essenciais à Justiça. Além disto, a estrutura funcional e administrativa da Defensoria Pública ganham novas funções, em consequência da aplicação das normas constitucionais que regulam matérias administrativas aos tribunais.

O que o novo CPC traz é um alinhamento de suas normas com a disciplina constitucional da Defensoria Pública, reconhecendo suas prerrogativas e funções institucionais.

A forte doutrina que tem se construído em torno da Defensoria Pública assevera a importância da instituição dentro da perspectiva do acesso à justiça (1ª, 2ª e 3ª ondas) e da defesa efetiva de direitos, fato confirmado pelo NCPC em virtude das novas funções atribuídas à instituição[1] pelo seu texto (legitimidade para o Incidente de Resolução, Incidente de Assunção de Competência, jurisdição voluntária e ação possessória multitudinária, por exemplo)[2].

2. AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

Há muito tempo se esperava a edição de um novo Código de Processo Civil, alinhado ao princípio da razoável duração dos processos, previsto no art. 5°, LXXVIII da Constituição Federal e que também se encaixasse à nova realidade jurídica do Estado brasileiro.

O CPC/73 desconhecia a realidade da Defensoria Pública, o que causava grandes entraves a atuação institucional, principalmente quando estavam em jogo questões processuais atinentes ao seu regime jurídico.

O art. 185 do NCPC reconhece a existência de três funções institucionais da Defensoria Pública, alinhando-se ao art. 1° da LC n. 80/94 e ao art. 134 da CRFB, sendo elas: a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, em todos os graus, de forma integral e gratuita.

1. *"O CPC/2015 não tratou das demandas propriamente coletivas, que continuam regradas por legislação específica, sobretudo a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Sem embargo, o novo código prevê vários instrumentos com fundas repercussões coletivas, como é o caso do incidente de resolução de demandas repetitivas. Dessa forma, muitas são as atuações moleculares (na conhecida expressão de Kazuo Watanabe, em contraposição a atuações atomizadas) que o CPC/2015 estimula, todas elas franqueadas à Defensoria Pública".* (SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e o código de processo civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidades – para uma instituição enfim essencial.* In SOUSA, José Augusto Garcia de. *Repercussões: defensoria pública.* Salvador: Juspodivm, 2015. 489).
2. *"A Defensoria Pública surge no universo jurídico como um novo personagem capaz de assegurar a assistência jurídica individual e a tutela de segmentos vulneráveis sob os mais variados aspectos".* (SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil. In SOUSA, José Augusto Garcia de. *Repercussões: defensoria pública.* Salvador: Juspodivm, 2015. P. 314).

A promoção dos direitos humanos pode ser considerada como uma das mais nobres e importantes funções atribuídas à Defensoria Pública. Isto porque, a atuação institucional independe da condição econômica ou social de seus titulares, em razão do caráter universal destes direitos. Por esta razão, a Defensoria Pública no desempenho desta função institucional, hoje considerada como de natureza típica, buscará conceder a mais ampla assistência, não apenas jurídica, mas de qualquer outra vertente que se afigure necessária para a salvaguarda destes direitos.

A última década revelou um profundo ativismo da Defensoria Pública no sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, a partir da participação incisiva das Defensorias Públicas junto a Comissão Interamericana e na própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da indicação de Defensores Públicos para atuação em sua estrutura.

De igual modo, o reconhecimento da legitimação para a tutela de direitos coletivos, revela o alinhamento legislativo com a alteração operada pela Emenda Constitucional n. 80/2014, pela Lei n. 11.448/07 e pela LC n. 132/09. Mais do que isso, o legislador reforça a ratificação da legitimidade para a ação civil pública já decidida no julgamento da ADI n. 3943.

Essa caminhada em direção a defesa de direitos coletivos foi árdua. O primeiro passo da Defensoria Pública no plano das ações coletivas se deu através do desempenho da representação processual das associações legitimadas que não poderiam arcar com os custos de um advogado e procuravam a instituição para o ajuizamento de ação coletiva.

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, reconheceu-se que os órgãos da Defensoria Pública voltados para a assistência jurídica de consumidores poderiam exercer a legitimidade da ação coletiva com suporte no art. 82, III do CDC[3].

O sucesso da atuação da Defensoria Pública no plano consumerista levou o legislador a conceder a ampla legitimação, através da inclusão da instituição no rol do art. 5° da Lei n. 7.347/85, por meio de alteração operada pela Lei n. 11.448/07.

O próprio Superior Tribunal de Justiça em acórdão paradigmático que tratava da legitimidade institucional com fundamento na atuação em defesa de consumidores[4], reafirmou na *ratio decidendi* de seu acórdão, que a legitimação da Defensoria Pública prevista na Lei n. 7.347/85 derivava da máxima interpretação das normas constitucionais, em especial os arts. 5°, LXXIV e 134, que reconheciam o direito a assistência jurídica integral e gratuita.

Este momento histórico de evolução da tutela coletiva no seio da Defensoria Pública não poderia deixar de sofrer obstáculo criado pelo próprio ordenamento jurídico. A história tem revelado que a evolução da Defensoria Pública se baseia

3. STJ – RECURSO ESPECIAL Nº555.111-RJ (203/01630-9). Rel. Min. CASTRO FILHO.
4. STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 912.849-RS (206/0279457-). Min. JOSÉ DELGADO.

em diversos percalços e obstáculos criados por um sistema baseado em exclusão e reserva de mercado que permeia as demais instituições e poderes constituídos.

A sensação de alegria sofreu um baque em razão do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, pela CONAMP perante o Supremo Tribunal Federal, em que se pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 5°, II da Lei da Ação Civil Pública, sob o fundamento de que a tutela coletiva desvirtua o desempenho das funções institucionais da Defensoria Pública.

Não obstante o questionamento da constitucionalidade da legitimação da Defensoria Pública, a instituição não se acovardou e na reforma da Lei Complementar n. 80/94, realizada em 2009 com o advento da Lei Complementar n. 132, foram introduzidas diversas novas funções no rol de atuação da Defensoria Pública, dentre elas o reforço da legitimidade para a tutela coletiva.

Pois bem, diante de todo este panorama histórico, o fato de o constituinte expressar no texto da Carta a legitimação coletiva teve grande relevância para o destino da instituição nesta seara funcional. A partir do momento em que o texto constitucional e a própria Lei Complementar n. 80/94, em sua redação atual, remetem a função institucional da tutela coletiva ao atendimento de necessitados, na forma do art. 5°, LXXIV, isto significa a construção de um novo perfil à Defensoria Pública.

Foi levando em conta essas premissas que o STF afastou a pretensão de inconstitucionalidade das disposições da Lei da Ação Civil Pública, reafirmando o caráter amplo da legitimidade conferida à Defensoria Pública (tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos).

3. AS PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

O art. 186 do NCPC dedica-se à previsão das prerrogativas de prazo em dobro para todos os atos processuais e intimação pessoal (§1°), também reguladas nos arts. 44, I; 89, I; e 128, I da Lei Complementar n. 80/94 e no sobrevivente art. 5°, §5° da Lei n. 1.060/50.

A prerrogativa de prazo em dobro tem alcance para todos os atos de natureza processual, o que significa afastar a sua incidência quando o ato a ser praticado estiver submetido a prazo de outra natureza (prazos decadenciais, por exemplo).

O CPC avançou positivamente em um campo que a legislação institucional tratava de forma inadequada. Quando nos deparamos com a prerrogativa de intimação pessoal, o art. 44, I; 89, I e 128, I referem-se à sua incidência "quando necessária", o que trazia a impressão de que a intimação pessoal não seria uma prerrogativa sempre incidente à Defensoria Pública, o que não ocorreria em relação ao Ministério Público, já que a sua legislação institucional não continha essa ressalva.

Quando o §1° do art. 186 dispõe que o prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, §1°, essa redação é digna de aplausos, por considerar que a intimação pessoal é uma característica ínsita a atuação do membro da Defensoria Pública.

Neste ponto, alinhamo-nos à opinião de Caio Paiva, quando argumenta que a expressão "quando necessária" constante da LC n. 80/94 é inconstitucional *"por violar o direito à igualdade na sua acepção da paridade de armas"*[5].

Outro grande instrumento concedido à Defensoria Pública é o art. 186, §2°. Nele, o NCPC permite que, a requerimento da Defensoria Pública, o juiz determine a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

No estágio atual de aparelhamento institucional, os Defensores Públicos não dispõem de estrutura para contatar rápida e eficazmente todos os seus assistidos, especialmente nos casos de atos processuais cuja prática dependa da colaboração deles.

É por isso que o novo código traz esse importante instrumento, permitindo que o Defensor Público possa requerer a intimação pessoal do assistido quando o ato a ser praticado não esteja na esfera institucional.

Novidade ao regime jurídico da assistência jurídica refere-se ao §3° do art. 186, quando estende a prerrogativa de prazo em dobro aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito[6] e às entidades que prestam aquela atividade mediante convênios firmados com a própria Defensoria Pública, como é o caso atual do Estado de São Paulo.

4. A RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

O novo Código de Processo Civil traz disposição inédita a respeito da responsabilidade funcional dos membros da Defensoria Pública. Ela vem tratada no art. 187, ao determinar a responsabilização civil e regressiva quando o agente atuar com dolo ou fraude no exercício de suas funções, tal como ocorre com as demais funções essenciais à justiça.

Definir o alcance desta norma é de extrema importância, principalmente para assegurar a interpretação que preconize a imunidade concedida aos membros da Defensoria Pública no regular exercício da função.

É fato que o novo código revela grande atenção com a disciplina da boa-fé processual quando seu art. 77 traz o rol enunciativo de deveres das partes e procuradores, sob pena de sanção.

5. PAIVA, Caio. *Prática penal para defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 81.

6. A doutrina institucional da Defensoria Pública refutava a possibilidade de profissionais estranhos à Defensoria Pública ou a quem exercesse cargo equivalente se utilizassem da prerrogativa de dobra dos prazos processuais:
"Desse modo, a prerrogativa do prazo em dobro restou legalmente concedida aos membros da Defensoria Pública (art. 44, I, 89, I e 128, I da LC n. 80/1994) e àqueles que exerçam 'cargo equivalente' ao de Defensor Público (art. 5º, §5º da Lei n. 1.060/1950)". (ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 571).

A disciplina sancionatória, no entanto, é excepcionada no tocante aos advogados públicos, privados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, não se aplicando o disposto nos §§ 2° a 5° do art. 77. O NCPC considera que os atos que inobservem os deveres processuais do art. 77 devam ter a responsabilidade disciplinar apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará. Não dispondo o Poder Judiciário de poder correcional para avaliar atos praticados pelos titulares das funções essenciais, agiu com acerto o legislador neste ponto.

Acredito, desta forma, que o regramento do art. 187 também deveria passar por uma análise prévia da própria instituição, cabendo ao órgão de censura verificar se houve dolo ou fraude do membro da Defensoria Pública no exercício de suas funções.

Destaque para o fato de a Defensoria Pública ser dotada de autonomia funcional, administrativa e iniciativa de proposta orçamentária não necessariamente significar que a instituição responda civilmente por atos praticados por seus membros e servidores no desempenho de suas funções.

A responsabilidade civil da fazenda pública tem sede no art. 37, §6° da Constituição Federal e o dispositivo é bem claro ao restringir a responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público. Quando os atos praticados por Defensor Público, no exercício de sua função, causarem dano, aplicar-se-á a responsabilidade de natureza objetiva do ente público respectivo.

A Defensoria Pública não é pessoa jurídica de direito público, mas instituição autônoma dotada de personalidade judiciária, o que lhe permite ajuizar demandas no exercício de suas funções institucionais.

Assim como ocorre em relação ao Poder Judiciário, Legislativo, Ministério Público, a Defensoria Pública não pode suportar o ônus de eventual responsabilidade pelos atos praticados por seus membros, devendo o respectivo ente público ser indicado no polo passivo em demanda que vise imputar ato danoso praticado pela Defensoria Pública.

5. REFERÊNCIAS

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Caio. *Prática penal para defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 81.

SILVA, Franklyn Roger Alves; ESTEVES, Diogo. A nova disciplina da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil. In SOUSA, José Augusto Garcia de. *Repercussões: defensoria pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 314.

SOUSA, José Augusto Garcia de. *A defensoria pública e o código de processo civil de 2015: novos caminhos – e responsabilidades – para uma instituição enfim essencial*. In SOUSA, José Augusto Garcia de. *Repercussões: defensoria pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. 489.

A FORMATAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ADVOCACIA PÚBLICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pedro González

Sumário: 1. Das funções essenciais à justiça; 2. A atuação processual do Ministério Público no CPC/15; 3. A atuação processual da advocacia pública no CPC/15; 4. Prerrogativas do Ministério Público e da Fazenda Pública: prazo em dobro e intimação pessoal; 5. Responsabilidade funcional dos membros do Ministério Público e da advocacia pública; 6. Referências.

1. DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988, no Título IV destinado à Organização dos Poderes, além dos três capítulos tradicionais dedicados aos três Poderes do Estado, apresenta um quarto complexo orgânico composto por organismos que, apesar de não constituírem um quarto Poder, receberam a função política de *provedoria de justiça*[1]. São as chamadas *funções essenciais à Justiça*: o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia privada e a Defensoria Pública.

Em tal expressão, *"Justiça"* deve ser entendida em sentido amplo, axiológico, valorativo – isto é, o valor justiça –, e não em seu sentido orgânico de Poder Judiciário. Isso porque, essas funções buscam a plena realização do justo, atuando não só na esfera judicial, mas perante todos os Poderes do Estado. Nesse sentido, "Justiça" aqui representa a síntese de todos os valores éticos que possibilitam e dignificam a convivência em sociedade: a licitude, a legitimidade e a legalidade[2]. Assim, a fim de diferenciar de sua acepção mais estrita, optamos por escrever "Justiça" com letra maiúscula ao se referir à tais funções.

1. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 43, 1991, p. 30-31; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 65; MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 611.

2. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 116, out./dez. 1992, p. 82; ALVES, Cleber

Por sua vez, o adjetivo *"essencial"* deve ser compreendido no sentido de serem tais funções tão imprescindíveis quanto as demais reguladas no Título IV da Constituição Federal. São essenciais, assim, à própria existência do Estado Democrático de Direito, dirigindo-se à totalidade das instituições que atuam no mesmo, tanto as propriamente estatais quanto as de vigência na sociedade[3].

Destarte, o membro da Advocacia Pública, o advogado privado, o defensor público e o membro do Ministério Público não são meros "auxiliares" da Justiça. O exercício de cada uma dessas funções, inclusive a função jurisdicional, somente pode ocorrer em uma relação de absoluta interdependência[4].

Nessa trilha, as *funções essenciais à Justiça* podem ser definidas como um "conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais"[5].

Considerando sua igual essencialidade – cada uma com o seu papel –, devem as funções essenciais à Justiça receber tratamento isonômico em todos os aspectos, inclusive quanto à estruturação das carreiras dos agentes públicos a elas vinculadas[6].

O Código de Processo Civil de 2015 dedicou um título específico para cada uma das funções essenciais à Justiça públicas, as chamadas *procuraturas constitucionais*[7]: Ministério Público (arts. 176 a 181), Advocacia Pública (arts. 182 a 184) e Defensoria Pública (arts. 185 a 187). No presente capítulo serão tratadas as duas primeiras, ao passo que a Defensoria Pública será objeto de análise no capítulo seguinte desta obra.

Iniciaremos analisando a atuação processual do Ministério Público e da Advocacia Pública conforme previstas no CPC/15. Por sua vez, as prerrogativas de prazo em dobro e intimação pessoal, bem como a responsabilidade funcional dos seus membros serão objeto de estudo em seguida, em análise conjunta.

Francisco. Assistência jurídica integral da Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 95.

3. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. Op. cit., p. 30-31.
4. ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 305.
5. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Op. cit., p. 87.
6. ALVES, Cleber Francisco. **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Op. cit., p. 306; MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 611-612.
7. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Op. cit., p. 91.

2. A ATUAÇÃO PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CPC/15

O art. 176 inaugura o Título V do Código de Processo Civil, dedicado ao Ministério Público. O dispositivo repete praticamente o que prevê a parte final do art. 127 da Constituição Federal, afirmando que *"o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis"*. Não havia disposição semelhante no CPC/73.

No processo civil o Ministério Público exerce, fundamentalmente, duas funções: órgão agente e órgão interveniente. No primeiro caso atua provocando a atividade jurisdicional, como autor de demandas. No segundo, intervém em demandas em curso na condição de fiscal da ordem jurídica, nos casos previstos em lei.

Seguindo o ideal de constitucionalização do processo que é abraçado pelo CPC/15 (art. 1º), o art. 177 expressa que o *Parquet* exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais. Em relação ao art. 81, CPC/73, o novel dispositivo substitui a lei pela Constituição como paradigma para atuação ministerial.

Ademais, o art. 177 não contém a menção, presente na parte final do art. 81, CPC/73, sobre caber-lhe no exercício do direito de ação *"os mesmos poderes e ônus que às partes"*. A exclusão justifica-se em razão das prerrogativas que o MP possui – como o prazo em dobro e a intimação pessoal – que não são conferidas a todas as partes. Logo, não se pode dizer que tenha os mesmos poderes e ônus que as demais[8].

O dispositivo em questão trata da atuação do Ministério Público como órgão agente. Tal se verifica quando o mesmo propõe ações coletivas – como ação civil pública, ação por ato de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção coletivo – ou ações individuais para a defesa de direitos indisponíveis, na qualidade de substituto processual – como ação de investigação de paternidade/maternidade e ação de alimentos em favor de incapazes.

Quanto a propositura de ação civil *ex delicto* pelo Ministério Público quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, prevista no art. 68, CPP, essa somente pode ser realizada nos locais em que a Defensoria Pública ainda não estiver devidamente instalada. Isso porque, o art. 68, CPP, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é considerado "norma ainda constitucional", caminhando, pois, para a inconstitucionalidade de acordo com o avanço da presença do órgão defensorial[9].

8. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 273.
9. Ministério Público – Ação civil ex delicto - Código de Processo Penal, art. 68 – Norma ainda constitucional – Estágio intermediário, de caráter transitório, entre a situação de constitucionalidade e o estado de inconstitucionalidade - A questão das situações constitucionais imperfeitas – Sub-

O art. 178, por sua vez, trata da atuação do MP como órgão interveniente. Prevê que o órgão ministerial será necessariamente **intimado,** sob **pena de nulidade,** para atuar como **fiscal da ordem jurídica** nas causas que envolvam interesse público ou social, interesse de incapaz, litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Tal previsão, frise-se, não exclui as demais hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal.

A nulidade ora referida é reforçada pelo art. 279, que taxa de nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado para acompanhar o feito em que deva intervir. Todavia, esse comando é atenuado pelo § 2° do mesmo dispositivo. Prestigiando o *Parquet*, o mesmo determina que o órgão deverá ser intimado a fim de que se manifeste sobre eventual prejuízo advindo de sua não intervenção no processo[10].

Note-se que o CPC/15 ao tratar dessa atuação como órgão interveniente optou por denominação mais correta e abrangente: **"fiscal da ordem jurídica"**, e não apenas "fiscal da lei". De fato, o **conceito de lei é mais restrito, sendo apenas um dos elementos da ordem jurídica**[11]. Desse modo, o Código passa a se referir de maneira mais precisa ao papel que deve ser desempenhado pelo Ministério Público. Não lhe cabe ser um defensor da "estrita legalidade", mas sim do ordenamento jurídico como um todo[12].

O art. 178, I, prevê a atuação ministerial como fiscal da ordem jurídica quando o processo envolver interesse público ou social. Esse interesse pode ser revelado por inúmeros fatores, como a natureza da ação ou a condição da parte integrante da relação processual, devendo-se considerar, sobretudo, o bem jurídico que imediata ou mediatamente está sendo tutelado[13].

O parágrafo único do art. 178 deixa claro que a participação da Fazenda Pública no processo não configura, por si só, hipótese de intervenção do *Parquet*. Em todo caso a análise da presença ou não de motivo que justifique a intervenção cabe ao próprio órgão ministerial. Havendo discordância entre o juiz e o membro do MP, o magistrado deve instar o chefe da Instituição para que decidida se é caso de intervenção ou não[14].

sistência, no Estado de São Paulo, do art. 68 do CPP, até que seja instituída e regularmente organizada a Defensoria Pública local - Recurso de agravo improvido. (STF - RE 341717 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. em 05/08/2003, public. em 05/03/2010).

10. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015. In: COSTA, Suzana; GODINHO, Robson (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 134.
11. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 328.
12. STEFANI, Marcos. Comentários aos arts. 176 a 181 do CPC/15 (Ministério Público). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 556.
13. STEFANI, Marcos. Op. cit., p. 552.
14. STEFANI, Marcos. Op. cit., p. 554.

Por força do artigo 178, II, o Ministério Público atuará como órgão interveniente sempre que a demanda envolver interesse de incapaz. O membro do Ministério Público que funcionar no caso deverá ao mesmo tempo velar pelos interesses do capaz e fiscalizar a ordem jurídica[15].

A intervenção do MP no feito se dará independentemente do polo ocupado pelo incapaz na demanda. Ademais, a atuação pode ocorrer mesmo que o incapaz não seja parte, bastando que seja interessado na mesma – como no caso de ação de divórcio em que existam filhos menores[16]. Destaque-se que a eventual presença do curador especial não afasta a necessidade de intervenção ministerial[17], sendo a recíproca igualmente verdadeira.

Por sua vez, o inciso III do art. 178 prevê a fiscalização ministerial nos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Frise-se que nos termos do art. 554, §1°, o MP deve ser intimado para intervir nas ações possessórias nas quais figure no polo passivo grande número de pessoas – sendo certo que se envolver pessoas em situação de vulnerabilidade a Defensoria Pública deverá igualmente ser intimada. A relevância desse tipo de demanda, que pode produzir efeitos na esfera jurídica de inúmeras pessoas, justifica a atuação como *custos iuris*.

O art. 179 estabelece que quando estiver atuando como *custos iuris* o Ministério Público deve ser intimado de todos os atos do processo, tendo vista dos autos depois das partes. Ademais, consagra a possibilidade de o mesmo produzir provas, requerer as medidas processuais pertinentes e recorrer.

A legitimidade recursal do *Parquet* quando atuava como órgão interveniente não estava prevista expressamente no CPC/73. Todavia, era aceita pacificamente pela jurisprudência, tendo sido consagrada pela Súmula 99 do Superior Tribunal de Justiça: *"O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte"*. O CPC/15 sepulta qualquer dúvida quanto ao ponto.

Ainda quanto a atuação ministerial como órgão interveniente, seguindo a tendência adotada pelo parágrafo único do art. 12 da Lei n° 12.016/2009 – Lei do Mandado de Segurança, o §1° do art. 180 prevê que findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz deve requisitar os autos e dar andamento ao feito. Com isso o Código deixa claro que se aplica a preclusão temporal para o *Parquet* mesmo quando estiver atuando como fiscal da ordem jurídica.

O legislador interpreta a omissão como entendimento do mesmo de que sua intervenção é desnecessária[18]. Percebe-se, assim, que a intimação do MP

15. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op cit., p. 125.
16. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Op. cit., p. 328.
17. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206.
18. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., p. 128.

nos casos em que deva intervir é obrigatória, sob pena de nulidade (art. 279), mas não a sua manifestação nos autos. Preza-se, assim, pela razoável duração do processo (art. 4°, CPC/15 e art. 5°, LXXVIII, CF/88), evitando-se delongas desnecessárias ao seu andamento em prejuízo das partes e da prestação jurisdicional.

3. A ATUAÇÃO PROCESSUAL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CPC/15

O Código de Processo Civil de 1973 não se ocupava da Advocacia Pública. Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 tratou dessa carreira nos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, na Seção II do Capítulo IV, que trata das funções essenciais à Justiça. No regime constitucional anterior a representação judicial da União era desempenhada pelo Ministério Público, o que resultava no exercício simultâneo das funções de *custos legis* e de advocacia de Estado pelo mesmo órgão[19]. Com a criação da Advocacia-Geral da União operou-se a plena distinção entre as funções.

O CPC/15 se refere à Advocacia Pública como a categoria que reúne advogados e procuradores de várias origens e nomenclaturas diferentes. Abrange, pois, todas as carreiras públicas representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das suas autarquias e fundações de direito público[20].

A Advocacia Pública visa à proteção e defesa do interesse público, sendo exercida por meio de três funções: i) representação judicial e extrajudicialmente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; ii) consultoria jurídica do Poder Executivo; e iii) assessoramento do Poder Executivo[21].

Nesse sentido, o art. 75, CPC/15 estabelece que a União será representada em juízo ativa e passivamente pela Advocacia-Geral da União, diretamente ou por órgão vinculado; os Estados e o Distrito Federal serão representados por seus procuradores; os Municípios, pelo seu prefeito ou procurador; e as autarquias e fundações de direito público, por quem a lei do ente federado designar.

O CPC/15 inova ao trazer um capítulo próprio para a Advocacia Pública, sendo esse inaugurado pelo art. 182. Tal dispositivo estabelece: "*incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta*".

19. FACCI, Lucio Picanço. A Advocacia Pública no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 1: parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1004.
20. TALAMINI, Daniele Coutinho; TALAMINI, Eduardo. Comentários aos arts. 182 a 184 do CPC/15 (Advocacia Pública). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). Op. cit., p. 562.
21. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 587-588; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. Op. cit, p. 334.

A lei processual não inova nesse ponto, mantendo a regulamentação prevista na Constituição, na Lei Complementar n° 73/93 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, e na legislação esparsa dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Limita-se, todavia, a mencionar a representação judicial, suprimindo o termo extrajudicial previsto na norma constitucional.

Quanto ao regime processual da Advocacia Pública trazido pelo CPC/15, a inovação que tem merecido o maior destaque é a que diz respeito ao direito dos advogados públicos ao recebimento de honorários.

Na vigência do CPC/73 o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que os honorários de sucumbência quando vencedor o ente público, a esse pertenceriam, não constituindo direito autônomo do advogado público[22].

O art. 85, §19, CPC/15, porém, supera esse entendimento, estabelecendo que "*os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei*". Assim, o dispositivo permite que a legislação específica preveja formas distintas de percepção dos honorários, não sendo necessariamente recebida em sua integralidade pelo advogado público que tenha atuado na causa[23].

O recebimento de honorários advocatícios pelos advogados da União, procuradores da Fazenda Nacional, procuradores federais e procuradores do Banco Central do Brasil nas causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações é regulado pelos arts. 27 a 36 da Lei n° 13.327/2016, editada após o início da vigência do CPC/15. À luz desse novo regramento, o STJ recentemente reviu o seu posicionamento, aplicando o art. 85, §19, CPC/15 e a Lei n° 13.327/2016[24].

Digna de nota ainda é a inovação trazida do § 4° do art. 75. Por ele, os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias. Trata-se de previsão louvável do legislador, que oferece maior facilidade e eficiência na defesa da

22. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA, QUANDO VENCEDOR O ENTE PÚBLICO, NÃO CONSTITUEM DIREITO AUTÔNOMO DO PROCURADOR JUDICIAL, PORQUE INTEGRAM O PATRIMÔNIO PÚBLICO DA ENTIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme em que os honorários de sucumbência, quando vencedor o Ente Público, não constituem direito autônomo do Advogado Público, porque integram o patrimônio da entidade, não pertencendo ao Procurador ou Representante Judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ. 2. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg nos EDcl no AREsp 234.618/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. em 14/10/2014, DJe 05/11/2014).
23. AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 158.
24. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TITULARIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO. LEI 13.327/2016. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 5. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais pertencem ao advogado público. 6. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp 801.104/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. em 04/10/2016, DJe 13/10/2016).

Fazenda Pública em juízo[25], aproveitando-se a estrutura já existente em outro ente federativo.

4. PRERROGATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA FAZENDA PÚBLICA: PRAZO EM DOBRO E INTIMAÇÃO PESSOAL

À semelhança do previsto para a Defensoria Pública (art. 186), o CPC/15 confere aos membros do Ministério Público e à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e suas autarquias e fundações de direito público as prerrogativas do prazo em dobro e da intimação pessoal.

Seu fundamento é o princípio da isonomia (art. 8°, CPC/15), que justificaria o tratamento diferenciado em razão do tipo de interesses tutelados, além de dificuldades extraordinárias para a sua defesa em juízo[26].

Tais prerrogativas, porém – somadas ao reexame necessário (art. 496) e, no caso da Fazenda Pública, aos honorários advocatícios arbitrados em níveis inferiores (art. 85, §3°) –, não têm passado incólumes pela doutrina. Alguns autores têm defendido que esses tratamentos diferenciados seriam inconstitucionais, por constituírem verdadeiros privilégios[27].

4.1. Prazo em dobro

O art. 188, CPC/73, previa que: "computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

Apesar de continuarem sendo tratados de forma igual, no CPC/15 a contagem à maior de prazos para o Ministério Público e para a Fazenda Pública passaram a ser tratados em dispositivos separados – art. 180 e art. 183, respectivamente. Ademais, o regramento fora modificado em relação ao regime anterior.

Primeiro, foi afastada a prerrogativa do prazo em quádruplo para contestar. Por outro lado, o CPC/15 estendeu o *prazo em dobro* para todas as manifestações da Fazenda Pública e do Ministério Público, e não mais apenas para recorrer.

Outrossim, expressamente previu que o benefício se aplica às autarquias e fundações de direito público, positivando o que já vinha sendo aplicado de

25. MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. As mudanças do NCPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Advocacia Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coordenador geral, Fredie Didier Jr.), p. 43.

26. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60.

27. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 60-61; MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. Op. cit., *passim*.

forma pacífica pelo Superior Tribunal de Justiça[28]. A dobra do prazo não se aplica, todavia, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, já que são pessoas jurídicas de direito privado.

Por fim, o código não mais condiciona a aplicação da prerrogativa à condição de parte.

Veja-se que a despeito de constar do capítulo destinado à Advocacia Pública, a dobra do prazo é benefício atribuído à União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, e não aos advogados públicos. Destarte, se excepcionalmente a Fazenda Pública estiver sendo representada por um advogado privado aplicar-se-á normalmente a regra prevista no art. 183, *caput*[29].

Com isso uniformiza-se o prazo de manifestação para todas as funções essenciais à Justiça de natureza pública (ou procuraturas constitucionais), tornando-o dobrado em regra. A padronização, sem dúvida, é louvável, vez que confere maior clareza ao regramento.

À semelhança do previsto para a Defensoria Pública (art. 186, §4°), o CPC/15 limita a extensão objetiva da prerrogativa do prazo em dobro. Os §2° do art. 180 e o §2° do art. 183 estabelecem que a contagem em dobro não se aplica quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público ou para o ente público respectivamente.

4.2. Intimação pessoal

O art. 183, §1° traz a prerrogativa da *intimação pessoal* para a Fazenda Pública, afirmando que essa far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico. O art. 180, *caput*, por sua vez, remete ao art. 183, §1° para regular a intimação pessoal do órgão ministerial.

O CPC/73 previa a prorrogativa apenas para o Ministério Público, no art. 236, §2°. Todavia, essa já era prevista pela legislação específica de ambas as procuraturas, como se verifica, por exemplo, no art. 41, IV, Lei n° 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e art. 18, II, "h", Lei Complementar n° 75/93 (Ministério Público da União); art. 25, Lei n° 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) e art. 38, Lei Complementar n° 73/93 (Advocacia-Geral da União).

A intimação por carga é uma novidade do novel diploma. Essa ocorre nas hipóteses do art. 272, §6°, CPC/15, que prevê que "a retirada dos autos do cartório ou da secretaria em carga pelo advogado, por pessoa credenciada a pedido do advogado ou da sociedade de advogados, pela Advocacia Pública, pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público implicará intimação de qualquer decisão contida no processo retirado, ainda que pendente de publicação".

28. AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 280.

29. TALAMINI, Daniele Coutinho; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 563.

No regime anterior a jurisprudência já vinha entendendo que a carga realizada por advogado resultava em intimação[30]. A novidade fica por conta da extensão à "pessoa credenciada" – como um estagiário ou funcionário, por exemplo – bem como, àqueles que gozam da prerrogativa de intimação pessoal.

Destarte, havendo retirada dos autos do cartório com vista ao Ministério Público ou ao ente fazendário – independentemente do motivo da carga – considera-se realizada intimação válida de eventual decisão contida no processo. Decorrerão daí todos os consectários legais, mesmo que não seja aposto o tradicional "ciente" nos autos.

Impõe-se, assim, redobrada atenção ao ato de retirada e devolução de autos em cartório. A previsão, todavia, justifica-se em razão do princípio da razoável duração do processo (art. 4°, CPC/15) e da eficiência (art. 8°, CPC/15). Isso porque, com a retirada dos autos é disponibilizado o seu inteiro teor, tornando desnecessária a remessa posterior.

Já a intimação por remessa é a mais comum no caso de autos materializados em papel. Essa modalidade de intimação pessoal já era prevista o art. 41, IV, Lei 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que esclarece que a remessa se perfectibiliza com a "entrega dos autos com vista".

A terceira forma de intimação pessoal é a por meio eletrônico. O 183, §1°, CPC/15 ratifica o art. 5°, §6°, da Lei n° 11.419/06 – Lei do Processo Judicial Eletrônico, mantida em vigor pelo novo código. Esse afirma que as intimações eletrônicas, inclusive da Fazenda Pública, são consideradas pessoais para todos os efeitos legais. Ademais, determina no art. 270, par. único, c/c 246, §1°, CPC, que o Ministério Público e a Advocacia Pública, à exemplo da Defensoria Pública, devem "manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio".

Frise-se que por força do art. 1.003, §1°, o prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão, sendo esses considerados intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.

Todavia, a fim de compatibilizar-se com a prerrogativa ora em comento, para a Fazenda Pública e o Ministério Público – assim como para a Defensoria Pública – a intimação de decisões proferidas em audiência só deve se considerar perfectibilizada quando realizar-se em uma das três modalidades de intimação pessoal previstas no art. 183, §1°, isto é, a carga, a remessa ou a intimação eletrônica. Entender suficiente a mera presença do agente na audiência seria negar coerência interna ao Código, além de eventualmente colidir com a legislação institucional específica.

30. STJ - AgRg no AREsp 762.957/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 03/12/2015, DJe 10/12/2015; STJ - AgRg no AREsp 788.571/RO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. em 01/12/2015, DJe 09/12/2015.

5. RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA ADVOCACIA PÚBLICA

Com redação idêntica ao art. 187 – que se aplica à Defensoria Pública – os arts. 181 e 184 encerram os capítulos referentes aos sujeitos processuais ora comentados tratando da responsabilidade funcional. Por esses dispositivos é exigido dolo ou fraude para que se configure, de forma regressiva, a responsabilidade civil pessoal do membro do Ministério Público ou da Advocacia Pública, respectivamente, no exercício de suas funções.

O CPC/73 já trazia essa regra quanto aos membros do Ministério Público, no seu art. 85. Era silente, porém, em relação aos membros da Advocacia Pública. O CPC/15, pois, equipara, quanto a responsabilização civil, todos os agentes estatais integrantes do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça, conferindo-lhes o mesmo tratamento.

Frise-se que as previsões constantes do CPC/15 não excluem a incidência da regra geral de responsabilidade civil da Administração Pública por atos dos seus agentes, contida no art. 37, § 6° da Constituição Federal. Assim, mesmo em caso de mera culpa, poderá o prejudicado buscar a responsabilização do ente ao qual o agente estatal está vinculado. Vedada, porém, estará a via regressiva em caso de mera culpa.

Há autores que entendem inadequada a distinção obrada pelo Código entre os advogados públicos e os privados. Isso porque, pelo art. 32 da Lei n° 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB, os advogados respondem por atos praticados com dolo ou culpa. Assim, de acordo com esse posicionamento, seria possível a responsabilização do advogado público por também culpa com base no referido dispositivo[31].

Cumpre esclarecer, por fim, que os arts. 181 e 184 do CPC/15 tratam apenas de responsabilidade civil. Logo, nas hipóteses de culpa do membro do Ministério Público ou do advogado público, poderá o mesmo estar sujeito a sanções administrativas perante a corregedoria da respectiva instituição.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. A Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil brasileiro: breves considerações. In: ALVES, Cleber Francisco; GONZÁLEZ, Pedro. **Defensoria Pública no século XXI**: Novos horizontes e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 163-170.

_______. Assistência jurídica integral da Defensoria Pública no novo Código de Processo Civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 91-108. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.).

31. Nesse sentido: AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit., p. 283-284.

_______ . **Justiça para todos!** Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FACCI, Lucio Picanço. A Advocacia Pública no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie *et al* (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 1: parte geral. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1003-1020.

MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. As mudanças do NCPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Advocacia Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 39-55. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coordenador geral, Fredie Didier Jr.)

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

_______ . As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 43, p. 30-40, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Ministério Público e o papel de fiscal da ordem jurídica no CPC/2015. In: COSTA, Suzana; GODINHO, Robson (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 119-138. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6; coordenador geral, Fredie Didier Jr.)

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

STEFANI, Marcos. Comentários aos arts. 176 a 181 do CPC/15 (Ministério Público). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 544-560.

TALAMINI, Daniele Coutinho; TALAMINI, Eduardo. Comentários aos arts. 182 a 184 do CPC/15 (Advocacia Pública). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (Coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 561-565.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al*. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO XI
ATOS PROCESSUAIS

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: UMA ABORDAGEM CASUÍSTICA E PRÁTICA

Marco Paulo Denucci Di Spirito

1. INTRODUÇÃO

Em nada que diz respeito aos sistemas de conhecimento há unanimidade. Muito menos no direito. O Código de Processo Civil de 2015, todavia, impressiona pelas opiniões extremadas e conflitantes que suscita. Está-se, afinal, diante de um Diploma inoportuno e dispensável, face o CPC/1973, ou ante o que há de mais atualizado para a implementação dos direitos fundamentais na modernidade?

Como são inúmeras as matérias abrangidas por um Código de Processo Civil, é natural que sejam identificados na nova legislação erros e acertos. Deste último grupo pontuamos o negócio jurídico processual, positivado na cláusula geral do art. 190 do CPC.

Conforme estabelecido neste dispositivo, o negócio jurídico processual é inovador. Basta considerar que por seu intermédio as partes poderão estabelecer normas processuais vinculativas, que o julgador não poderá afastar quando observados os pressupostos e limites legais. O fato de permitir a modulação, por iniciativa das partes, de matérias que eram tidas como inseridas no domínio exclusivo de magistrados significa muito. Principalmente no Brasil, cuja cultura processual é marcada pelo hiperpublicismo, ou seja, pelo excesso de heteronomia sufocante da iniciativa individual.

Por incidir sobre as estruturas do processo civil tradicional, em virtude de sua lógica modular em regime de atipicidade, os negócios jurídicos processuais constituem assunto inçado de controvérsias.

O que se objetiva, nesta oportunidade, é avaliar propostas de negócios jurídicos processuais concretos para o cotidiano do operador do Sistema de Justiça, designadamente o defensor público.

Todavia, tratar diretamente da casuística dos negócios jurídicos processuais traria como resultado a incompreensão da estruturação técnica e da utilidade prática do instituto. Optou-se, portanto, por tecer algumas considerações gerais sobre as principais linhas normativas em torno do art. 190 do CPC.

Na sequência, serão apresentados pactos de procedimento específicos que se reputam relevantes para a atividade jurídica diária. Evidentemente, essas propostas ficam desde já submetidas às críticas e eventuais aprimoramentos. Inegavelmente, a partir do art. 190 do CPC instaurou-se no processo civil brasileiro um fecundo campo para a pesquisa teórica e relevante avaliação pragmática.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS EM TORNO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Os negócios jurídicos processuais podem ser brevemente definidos como pactos[1] firmados com o escopo de regular aspectos ou módulos procedimentais[2], bem como convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, que deverão ser observados no processo pelas partes e pelo julgador, tais como disposições legais.[3] Significa dizer que por meio da cláusula geral em foco as partes são dotadas de "poderes para promover adaptações no procedimento"[4], de sorte a normatizar parcela do exercício da jurisdição.[5]

O texto do art. 190 marcou nítidos posicionamentos e neste sentido logrou afastar debates doutrinários que geram mais calor do que luz.

A adequada conceituação parte do objeto bem delimitado no dispositivo em análise. Assim, de maneira mais direta pode-se afirmar que é negócio jurídico, segundo o dispositivo em tela, aquele pelo qual as partes estipulam sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais (*vide* Enunciado nº 257, FPPC), antes ou durante o processo.

1. Refere-se aos negócios jurídicos bilaterais, que consistem no objeto central do presente trabalho.
2. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *As convenções processuais na experiência francesa e o no Novo CPC. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 257. CADIET, Loïc. *La qualification juridique des accords processuels. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 101. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios processuais no Processo Civil Brasileiro. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 57.
3. KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 184.
4. REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios processuais: necessidade de rompimento com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 272.
5. ALMEIDA, Diogo Assumpção. *Op. cit.*, p. 258.

O texto é claro sobre a irrelevância de existir processo instaurado quando da estipulação. Ao consignar a possibilidade de a estipulação ser definida antes do processo, o dispositivo exaltou a programabilidade inerente ao negócio.

Constatada qualquer pactuação sobre as matérias em foco, o negócio jurídico será regulado pela cláusula geral do art. 190 do CPC, mesmo que se lhe atribuam outros rótulos (*e.g.*, convenção processual, negócio jurídico pré-processual).

A convenção arbitral, neste enfoque, pode ser tida por negócio jurídico processual, ainda que em sentido negativo, por afastar regras procedimentais padronizadas previstas no CPC.

Não tivesse o legislador se dedicado às importantes especificações em tela, abrir-se-ia ampla margem para debates estéreis, mormente face a abstração que marca os temas em torno da teoria do fato jurídico. Construções doutrinárias, enquanto caudatárias dos limites semânticos estabelecidos a partir do texto positivado, não podem pretender afastar o objetivo central da lei, que é o de franquear às partes o direito de regrar sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais.

A compreensão do negócio jurídico processual requer a consideração da história e da cultura processual brasileira, uma vez que nesse contexto a cláusula geral do art. 190 do CPC possui uma função contrafática[6]. Significa dizer que o dispositivo surge com o compromisso "promocional ou de transformação da realidade"[7], no sentido de instaurar um novo paradigma no processo civil.

O fulcro dessa revolução está não na existência do instituto, que já era sustentada no sistema anterior, também com suporte no art. 158 do CPC/1973, e sim no objeto suscetível de estipulação pelas partes. É que após o CPC/2015, procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais são matérias inegavelmente abertas à definição pelas partes.

A cultura jurídica nacional sempre caminhou no sentido de superdimensionar a esfera pública sobre a as estipulações privadas. No âmbito processual, o fenômeno tem sido denominado de hiperpublicismo. O objetivo da lei é exatamente alterar este quadro. O negócio jurídico processual representa uma inovação que possui o potencial de promover uma efetiva alteração da cultura processual no país[8].

6. Contrafático no sentido proposto por Luhmann. *Vide* FRANKBERG, Günter. *A gramática da constituição e do direito.* Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007, p. 275.
7. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 171.
8. Cuida-se de uma verdadeira mudança paradigmática no processo civil brasileiro, cabendo as seguintes considerações de Thomas Kuhn: "Rather it is a reconstruction of the field from new fundamen-

Faltava ao ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de as partes estipularem, com considerável amplitude, sobre assuntos processuais. De nada adiantaria franquear às partes a prerrogativa de definir o direito material, segundo a autonomia da vontade se, ao cabo, eventual conflito terminasse num procedimento judicial formatado, indiferente às conveniências contratadas, sem qualquer aptidão para aplicar, efetivamente, toda a programação que conforma a equação contratual.

O art. 190, do CPC supre essa lacuna com peremptória redação, notadamente pela menção expressa das matérias suscetíveis de negociação.

O ponto de partida dessa faculdade é a liberdade contratual (*e.g.*, art. 3°, I; art. 5°, *caput*, CF/88; art. 421, CC). Sem embargo da "multiplicidade de posições jurídico-ideológicas quanto ao sentido e a função da liberdade contratual"[9], para o art. 190 do CPC destaca-se o autorregramento da vontade, que abrange a faculdade de contratar e não contratar, a liberdade de escolha da pessoa com quem contratar, a liberdade de escolher o instrumento jurídico adequado, a liberdade de fixar o conteúdo e o equacionamento da relação entre as partes.

A autonomia diz respeito ao aspecto da liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, designadamente à possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por ato unilateral, os interesses próprios.[10] Sobressai o papel da autonomia "na modelação do conteúdo das situações jurídicas."[11] A disposição sobre os próprios interesses constitui o núcleo da liberdade e está no cerne da dignidade humana, mesmo que tal exija concessões de direitos em detrimento do titular.[12]

Defendia-se, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, que o próprio julgador teria o dever de conformar o procedimento às necessidades de tutela derivadas do direito material.[13]

É fora de dúvidas que diante de princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados e alguns direitos fundamentais "não se ajudam métodos estruturalistas, mas sim tentativas abertas, 'tópicas'."[14] Por outro lado,

tals, a reconstruction that changes some of the field's most elementary theoretical generalizations as well as many of its paradigm methods and applications." (KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition.* Chicago: The University of Chicago Press, 2012, p. 85).

9. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.* Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 268.
10. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 58.
11. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, vol. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 144.
12. "Self-autonomy or the ability to regulate one's own affairs, even to one's own detriment, is the very essence of freedom and a vital part of dignity." (HOGG, Martin. *Promisses and Contract Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 163, 164).
13. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 168, 171, 186.
14. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.* Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 156. De acordo com Joaquim de Sou-

> "a dedução (*Deduktion*) ou derivação (*Ableitung*) de um conteúdo concreto a partir de princípios abstratos representa uma das formas mais obscuras da fundamentação jurídica, vale dizer, detém o inconveniente da imprecisão. Sendo mais claro: extrair deveres concretos a partir de um princípio com elevado grau de abstração representa uma conduta altamente propensa à violação da própria segurança jurídica, pela ausência do menor parâmetro indispensável ao controle e delimitação de qualquer relação jurídica."[15]

Dessa forma, haveria um déficit de legitimidade na ideia de o julgador adaptar o procedimento às necessidades concretas de tutela. A cláusula geral de negociação processual responde a esse problema, exatamente por que requer a atuação dos interessados.

Com o advento do art. 190 do CPC o autorregramento da vontade é fator legitimador que afasta a necessidade de apelar para preenchimentos inventivos por parte do julgador. Por isso, o art. 190 é dispositivo indispensável à devida leitura do art. 139, IV, do CPC.[16] Nesse sentido, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, pródiga em intervenção heterônoma, merece ser analisada com reservas.

Muitos dos esforços civilizatórios em torno da legalidade, enquanto limitadora do arbítrio estatal, fenecem diariamente na prática forense pelas vias do subjetivismo do julgador, em prejuízo da unidade que se espera de uma ordem jurídica. A praxe judiciária, assim, acaba por desfragmentar exatamente aquilo que se pretende estabilizar na seara contratual.

Conforme ensinamentos de Fernando Araújo, convém não perder de vista que "a ideia básica de contrato é a promoção, em estabilidade, de um programa combinado de condutas, e que essa estabilidade constitui, por ela mesma, um incentivo: isso recomenda que os contratos sejam o mais completos possível."[17]

Dessa forma, o negócio jurídico processual desponta como imprescindível mecanismo em prol da determinabilidade, da imutabilidade, da cognoscibilidade, da previsibilidade, da calculabilidade e da confiabilidade, que são dimensões da segurança jurídica.[18] É muito importante frisar este ponto: o negócio jurídico processual possui como um dos seus principais objetivos garantir a segurança jurídica às partes, sobretudo face o Estado-juiz.

sa Ribeiro, este é um "domínio com inevitável margem de abertura", "o que, aliás, não constitui qualquer singularidade num ordenamento que fartamente se socorre de princípios normativos, cláusulas gerais e conceitos indeterminados." (*Idem*, p. 156)

15. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In:* MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 330.
16. STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio?* Revista eletrônica Consultor Jurídico. S.l, 25-08-2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.
17. ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato.* Coimbra: Ed. Almedina, 2007, p. 185, 186.
18. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 128 e ss.

A possibilidade de as partes definirem estipulações tendo por objeto procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais altera consideravelmente o panorama do direito contratual brasileiro.

A faculdade de os contratantes prefigurarem consequências que prevalecerão de forma vinculante no processo consiste em fator essencial para a decisão de contratar e para o equacionamento pactuado. Isso é largamente verificado, por exemplo, quando o contrato é firmado sob determinada configuração apenas porque prevista a convenção de arbitragem. Afastada esta via, a equação contratual seria estabelecida de outra maneira ou sequer existiria o pacto.

Percebe-se, portanto, que o negócio jurídico processual é incorporado e fundido no horizonte de sentidos do universo contratual, motivo pelo qual não pode ser considerado como juridicamente relevante apenas para o sistema processual.

Por promover adequação à engenharia contratual, o negócio jurídico processual apresenta a potencialidade de afastar padronizações formatadas que estimulam o uso procrastinatório do processo.

Dessa maneira, o negócio jurídico processual poderá contribuir decisivamente para a efetividade processual e a duração razoável do processo. É possível mesmo que os negócios jurídicos processuais instalem a cultura de autocomposição, haja vista que o processo guiado por efetividade programada não terá o condão de servir a manobras oportunistas.

Nesse contexto, o negócio jurídico processual deve ser tido como um dos meios que garantem a celeridade na tramitação dos processos, na linha do disposto no art. 5°, LXXVIII, da CF/88.

O art. 190 do CPC prevê uma cláusula geral processual, em razão de sua característica de fonte de regras, aberta à construção de definições normativas que não podem ser antevistas em suas especificidades, ao passo que apresenta um balizamento mínimo para este mister, merecendo destaque o objeto circunscrito a procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Embora o art. 190 delimite os objetos do negócio jurídico processual, o faz em termos abertos. Quais parênteses, as balizas estabelecidas no dispositivo operam como limites, mas ao mesmo tempo podem ser preenchidas por conteúdos diversos. Percebe-se, pois, que a cláusula geral de negociação processual perfilha um regime de atipicidade.

Muitas propostas de negócios jurídicos processuais já podem ser identificadas, a exemplo das debatidas pelo FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Civis, que serão analisadas *infra*. Observados os limites da lei, não é possível quantificar ou antever as espécies de negócios jurídicos processuais que as partes poderão definir pelo exercício do autorregramento da vontade. O dispositivo abre aos operadores do Sistema de Justiça um amplo campo de estudos para a engenharia contratual. Há todo um trabalho por fazer no sentido de desenvolver técnicas processuais idôneas por iniciativa das partes, com suporte no negócio jurídico processual.

Em regra, o negócio jurídico processual independe de qualquer autorização do julgador para surtir efeitos.

Uma vez estabelecido, o negócio jurídico processual possui força de lei, embora a esta não se equipare integralmente. Esse apanágio normativo decorre do próprio art. 190 do CPC, haja vista que o dispositivo abre espaço para a definição, segundo a conveniência dos interessados, sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Percebe-se, pois, que o art. 190 opera uma função substitutiva: o regime legal ordinário cede lugar para a convenção processual e esta última, por sua vez, recebe autoridade da própria lei.

A convenção estabelecida pelas partes é intangível (princípio da intangibilidade dos contratos) e, portanto, não pode ser sindicada pelo julgador.

É fato que, como todo ato jurídico, o negócio processual é passível de controle, mas este se dá em estrita consonância com os parâmetros legais e nunca segundo juízos de oportunidade e conveniência do magistrado. O art. 200 do CPC vem em reforço da prerrogativa de criar normas processuais por meio do autorregramento da vontade, ao estabelecer que "os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais."

Em linhas gerais, portanto, as partes se vinculam ao negócio jurídico processual por vontade própria (autovinculação), que traz como efeito a sujeição por parte do julgador, "operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura" (heterovinculação)[19].

Não fosse a heterovinculação, a submeter o juiz, o negócio jurídico processual seria esvaziado e não promoveria segurança jurídica na seara processual, afastando um dos seus principais objetivos.

Contudo, algumas espécies de negócios jurídicos dependem da placitação do julgador, sem a qual não serão acolhidos e aplicados no processo.

Não se trata propriamente de homologação judicial. Essa ideia remeteria à necessidade de uma manifestação expressa do julgador, o que não corresponde à redação dos dispositivos que tratam do tema.

Tenha-se, por exemplo, a inversão da ordem de oitiva das testemunhas prevista no art. 456, p. único, do CPC. A participação do juiz, ali prevista, não é no sentido de exigir um ato formal de homologação. A menção em ata de audiência acerca desta convenção será apenas para registro.

Dessa maneira, é possível a autorização tácita do juiz. Não repelido o negócio jurídico oportunamente, presume-se a autorização, que não poderá ser contrariada pelo julgador em momento posterior, mormente em razão da boa-fé objetiva processual (art. 5°, CPC). Está-se diante de preclusão para o juiz, indevidamente chamada de "preclusão *pro judicato*."[20]

19. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 226.
20. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 312.

A homologação judicial é exigida, enquanto pressuposto do negócio jurídico processual, apenas em casos pontuais, como se verifica para a delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, §2°, CPC).

Face a regra geral de atipicidade estabelecida no art. 190, somente por meio de exigência expressamente positivada é que se poderá submeter o negócio jurídico processual à autorização do julgador. Cuida-se, pois, de hipóteses excepcionais. É o entendimento consolidado no Enunciado 133 do FPPC: "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial".

Assim, cumpre frisar que dispensam qualquer forma de placitação judicial os negócios jurídicos processuais atípicos criados com suporte no art. 190 do CPC, bem como inúmeros outros tipificados no CPC (*e.g.*, arts. 63; 168; 225; 313, II; 329, II; 334, §4°, I; 362, I; 373, §3°; 471, *caput* e §3°; 509, I; 515, §2°; 604, §3°; 998).

Por outro lado, podem ser citados como negócios jurídicos que necessitam de autorização judicial os previstos nos arts. 191, 200, p. único, 357, §2° e 456, p. único do CPC.

Como não poderia deixar de ser, o negócio jurídico processual é submetido a limites legais. Conquanto não seja objeto do presente trabalho, cabe pontuar algumas dessas limitações, com o escopo de permitir a compreensão perfunctória da nova ferramenta legal.

Prevalecem para as convenções em análise os pressupostos gerais de validade definidos para quaisquer negócios jurídicos: agente capaz (art. 104, I, CC; arts. 190, caput, 471, I, CPC); objeto lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, CC); forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, III, CC); ausência de disposições que a lei repute como nulas (166, 167, 2.035, parágrafo único, CC; art. 190, p. único, CPC); ausência de objetivo de fraudar a lei (art. 142, CPC; arts. 166, VI, 2.035, parágrafo único, CC); ausência de fatores de anulabilidade (art. 171); estrita observância à boa-fé objetiva (arts. 113, 187, 422, CC) e à função social (art. 2.035, parágrafo único, CC).

Por sua vez, são pressupostos de validade específicos aqueles voltados às peculiaridades do negócio jurídico processual: vinculação a direitos que admitam autocomposição (arts. 190, caput, 373, §3°, I, 471, II, CPC); limitação do objeto a estipulações sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais (art. 190, caput, CPC); impossibilidade de inserção abusiva em contrato de adesão (art. 190, p. único, CPC); inexistência de parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, p. único, CPC); observância da boa-fé processual objetiva (art. 5°, CPC); inexistência de estipulação incompatível com o procedimento, que tumultue o exercício da jurisdição ou que gere complexidade que comprometa a padronização necessária às atividades que compõem a administração da justiça (arts. 327, §2°, 6°, CPC); ausência de distribuição do ônus da prova que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, §3°, II); inexistência de disposição que atue contra a facilitação da defesa do consumidor (art. 6°, VIII, primeira

parte, CDC); observância das normas constitucionais relativas ao núcleo do devido processo legal.

Por óbvio, os negócios jurídicos processuais não poderão prejudicar o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais (*Wesensgehaltsgarantie*). Assim, não caberão estipulações contrárias ao devido processo legal (art. 5°, LIV, CF/88; parametricamente, art. 21, §2°, da Lei 9.307/1996), à ampla defesa e o contraditório (art. 5°, LV, CF/88), ao acesso à justiça (art. 5°, XXXV, CF/88), ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5°, XXXV, LV, LXXVIII, CF/88), ao princípio do juiz natural (art. 5°, XXXVII e LIII, CF/88), à duração razoável do processo (art. 5°, LXXVIII, CF/88). Também não poderão versar sobre normas de organização judiciária (*vide* arts. 21, XIII; 22, XVII; 25; 48, IX, CF/88) ou sobre poderes e deveres processuais do juiz.

Existem pressupostos de validade do negócio jurídico processual no próprio CPC além daqueles previstos no art. 190 deste Diploma (*e.g.*, arts. 142, 327, §2°). Os pressupostos de validade também não estão cingidos ao CPC, a exemplo dos apontados acima, previstos na Constituição ou no Código Civil.

Por fim, a título de pressupostos de validade implícitos para o negócio jurídico processual, tenha-se como exemplo a impossibilidade de negócios sobre matérias reservadas à lei e a impossibilidade de estipulações sobre normas processuais cogentes, desde que a disposição normativa seja evidente no sentido de repelir o negócio sobre as matérias definidas no art. 190 do CPC (procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais).

3. LÓGICA MODULAR E TUTELA DIFERENCIADA

Ainda para a compreensão da função e da utilidade dos negócios jurídicos processuais, cabe uma avaliação destacada da chamada lógica modular que os preside. Esse particular permitirá compreender o enquadramento do instituto no campo de análise das tutelas diferenciadas.

A plasticidade que deriva do art. 190 do CPC indica uma lógica modular, pela qual um sistema é pensado em suas partes, a autorizar reconfigurações diversas. A ótica modular diz respeito a sistemas que permitem conceber particionamentos resultantes em módulos, que serão utilizados para construções funcionais. O agente faz uso de peças modulares para customização, segundo os seus propósitos específicos. A lógica modular pode ser bem visualizada em engenharia ou arquitetura, a exemplo do que se verifica no universo da informática.[21]

Na hipótese, essa ótica está relacionada ao planejamento estabelecido pela conveniência das partes com vistas a um processo futuro ou já existente. Nesse sentido, o art. 190 funciona como uma verdadeira "caixa de ferramentas" que

21. GHILARDI, Silvio; SEBASTIANI, Roberto. *Frontiers of Combining Systems*. Berlin: Ed. Springer-Verlag, 2009, p. 29 e ss.

permite às partes regrar sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

As partes poderão convencionar sobre questões processuais singulares e pontuais ou estabelecer combinações mais sofisticadas. Aliás, sobre construções incrementadas dessa sorte cabe frisar que o dispositivo se refere a mudanças no procedimento, a demonstrar que o Código de Processo Civil, longe de reservar às partes questões colaterais ou de somenos importância, franqueou-lhes a possibilidade de convencionar módulos procedimentais de vulto. Essa é, ademais, a vantagem de uma linha modular: permitir inúmeras combinações em gradação variada.

A cláusula geral de negociação processual abre às partes algo como uma "técnica de montagem de procedimentos especiais", para empregar a expressão de Érico Andrade.[22] Lembre-se que na base de procedimentos diferenciados encontram-se técnicas processuais. Destaca Luiz Guilherme Marinoni que "se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar."[23] Dessa maneira, o art. 190 do CPC permite a definição de técnicas processuais adequadas à efetividade dos direitos.

Se num passado próximo o direito fundamental à tutela jurisdicional foi encarado apenas do ponto de vista do direito a uma resposta por parte do Poder Judiciário, sob o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e em tempo razoável não se admite que o cidadão seja destinatário de qualquer provimento jurisdicional[24], como quem recebe ração à guisa de refeição.

Um processo que se preste a conceder tutela adequada é aquele que disponibiliza e acolhe técnicas processuais idôneas[25], capazes de responder eficientemente às exigências do direito material e do caso concreto.

Em recente fase da ciência processual, o processo civil foi concebido como mecanismo neutro, abstrato e asséptico. Nesse paradigma, o procedimento comum foi tido como a resposta adequada para todos os problemas emergentes do mundo da vida, eis que integrado por regras gerais que permitiriam abranger qualquer espécie de demanda.

22. Importante esclarecer que a expressão em destaque foi empregada pelo citado autor em outro contexto. (ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a Busca da Verdadeira Especialidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 77).

23. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

25. "Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 114). "Por ser um instrumento de proteção, é evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 170). "É que o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material. Nesse caso, como é óbvio, a técnica processual deve ser considerada inidônea à tutela dos direitos." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 114).

Constatou-se, porém, a necessidade de procedimentos especiais, marcados pela presença de técnicas que se amoldariam mais adequadamente às específicas situações.

Nessa linha, vários procedimentos especiais surgiram no ordenamento jurídico. Foi desenvolvida, assim, a ideia de tutelas diferenciadas, entendidas como aquelas que apresentam o timbre da adequação às necessidades de cada hipótese.

Todavia, os procedimentos especiais não se democratizaram, porquanto em grande parte se limitaram a atender aos interesses de grupos restritos, deixando ao desemparo inúmeros cidadãos que haveriam de se satisfazer apenas com os formatados caminhos do procedimento comum.

A cláusula geral de negociação processual, por que atípica e genérica, responde precisamente à exigência de prestar tutela diferenciada sem privilegiar uma classe social.

O CPC/2015 atende à vertente das tutelas diferenciadas com pelo menos duas inovações. A primeira consiste no disposto no art. 327, §2º, que permite a incorporação de técnicas processuais diferenciadas no bojo do procedimento comum. A segunda radica na cláusula geral de negociação processual, marcada por uma saliente distinção, vez que ingressa pela porta da democratização processual.[26]

A cláusula geral dos negócios jurídicos processuais foi definida em termos abertos em virtude do amadurecimento da ciência processual, que atinou para a impossibilidade de se prever procedimentos especiais abstratos que permitiriam atender satisfatoriamente às mais diversas necessidades concretas.

Com o escopo de não incorrer na tentativa ingênua de prever uma ampla gama de procedimentos especiais que serviriam aos direitos materiais específicos, o legislador optou por transferir às partes a prerrogativa de erigir procedimentos ou módulos processuais para atender aos seus interesses.

Em termos qualitativos houve um salto no que diz respeito às tutelas diferenciadas. Isso porque, se na concepção original almejava-se o atendimento ao direito material em abstrato, atualmente a cláusula geral dos negócios jurídicos processuais adapta as tutelas diferenciadas às demandas mais específicas emergentes do caso concreto. Inegavelmente, cuida-se de um novo momento na história das tutelas diferenciadas.

O art. 190, *caput*, do CPC refere-se a "mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa". O ajustamento, segundo o texto, está

26. "Conjunto que, no mínimo, abre o processo para uma perspectiva mais democrática na sua condução, que passa a ser não apenas unilateral, imposta pelo Estado-juiz." (ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. In*: Revista de Processo, Vol. 193, mar 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 176).

diretamente vinculado apenas a mudanças no procedimento. De toda forma, não se está diante de um pressuposto de validade.

A expressão "especificidades da causa" não pretende criar um parâmetro objetivo que permita aferir a adequabilidade da modulação estabelecida para o procedimento.

O motivo que conduz a essa conclusão é simples: não existe um parâmetro ontológico que indique a essência das especificidades da causa. Vários procedimentos e inúmeras técnicas podem atender ao sentido de adequação a que se refere o texto.

A definição se dá segundo a conveniência das partes, de acordo com a equação contratual e não mediante a busca de uma natureza intrínseca.

Mais do que atender às peculiaridades abstratas do direito material, o negócio jurídico processual na verdade serve ao programa contratual convenientemente definido, tendo em vista exatamente a possibilidade de as partes prefigurarem as consequências processuais que prevalecerão de forma vinculante.

Dessa forma, o ajustamento mencionado no art. 190, *caput*, é aquele que atende à equação contratual, desautorizando qualquer interferência sobre as conveniências previamente eleitas. Cuida-se, assim, de um âmbito insindicável por parte do julgador.

O juiz "não tem o poder de apreciar a conveniência do acordo, limitando-se a um exame de validade porque vinculado ao que foi deliberado pelas partes." [27] Como esclarece Pedro Henrique Nogueira, "são as partes ou figurantes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam ajustes procedimentais."[28]

A melhor leitura, portanto, é a que relaciona a expressão "especificidades da causa" com o sentido de customização (*tailoring*) destinado às estipulações processuais. E essa enunciação foi consignada apenas para vincar a lógica modular que rege os negócios jurídicos processuais. Em sentido semelhante, embora incompleto, é o Enunciado 258 do FPPC: "as partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa."

4. O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A DICOTOMIA DIREITO PÚBLICO/DIREITO PRIVADO

Para a compreensão dos exemplos de negócios jurídicos processuais que serão abordados abaixo, também é importante esclarecer o seu alinhamento na dicotomia direito público/direito privado.

A nebulosa fronteira em destaque é um desafio ao enquadramento do negócio jurídico processual. Em verdade, um desafio que está mais na mente daqueles que preferem repelir o atual sistema normativo, por incompatível com suas

27. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 65.
28. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 228.

teorias pessoais. É exatamente em virtude dessa dificuldade de adaptação – sobretudo de fundo cultural - que se fazem necessárias algumas considerações.

Diga-se, de início, que no ponto se verifica um inegável regime híbrido.

Ao mesmo tempo em que se privilegia o autorregramento da vontade, esse espaço de programação pela conveniência das partes é realizado na seara processual, tradicionalmente classificada como de direito público.

Paralelamente à grande abertura negocial, o art. 190, parágrafo único, do CPC determina o controle de validade sob regras de ordem pública (casos de nulidade, hipótese de inserção abusiva em contrato de adesão ou presença de parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade).

Contra o negócio jurídico processual não cabem objeções de que questões processuais, enquanto classificadas como de ordem pública, seriam insuscetíveis de negociação entre os interessados.

Esse suposto conflito já foi resolvido pela escolha do legislador, conforme positivado no art. 190. Ou seja, é inequívoco direito das partes regrar sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais.

O argumento que pretende opor ao negócio jurídico processual a concepção tradicional de processo civil, impermeável por enfeixar regras de ordem pública, configura petição de princípio[29], pois oculta a premissa crucial, exatamente o fato de que a possibilidade de definição sobre as matérias em análise é questão já sedimentada pelo texto legal.

É preciso, ainda, frisar a indeterminação dos sentidos de cogência ou ordem pública. A identificação de uma norma na condição de cogente raramente é tarefa simples. Como esclarece Pietro Perlingieri:

> "a classificação das normas em derrogáveis e inderrogáveis é o resultado não de uma mera interpretação gramatical e literal de cada norma, mas de uma complexa interpretação que considera o interesse e o valor tutelado pela disposição, a intensidade de sua relevância e as garantias pedidas para que seja concedido aos sujeitos o poder de estabelecer por si as regras aplicáveis às próprias vicissitudes. A consequência desse enfoque é uma projeção do fenômeno com graduação e intensidade diversas e principalmente com fundamentos diversificados. (...) O juízo sobre inderrogabilidade ou sobre o tipo de derrogabilidade é, portanto, o êxito de um procedimento interpretativo (...). É necessário, portanto, repensar a própria noção de inderrogabilidade, na convicção de que ela constitui sempre um expediente técnico ao serviço de opções de política do direito (...)."[30]

E a opção política, consagrada por meio do CPC, é iniludível, segundo o art. 190, CPC: é direito das partes regrar sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais.

29. COOK, Roy T. *A Dictionary of Philosophical Logic*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009, p. 31.
30. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008, p. 263-265.

De toda forma, na identificação dos novos lindes estabelecidos pelo CPC será necessário ter em mente a regra de interpretação *in dubio pro libertate*. Ou seja, na dúvida será necessário privilegiar o autorregramento da vontade, mantendo-se a norma processual definida pelas partes.

As fronteiras entre o âmbito franqueado pela lei para estipulações processuais e o conjunto de normas cogentes é um assunto que merece grande atenção, pois será frequente o (ab)uso dos sentidos de cogência ou ordem pública com o escopo de afastar negócios jurídicos processuais cabíveis, principalmente por parte de misoneístas, acomodados ou alinhados com o hiperpublicismo.

5. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS TÍPICOS E ATÍPICOS

Como visto, o art. 190 do CPC estabeleceu uma cláusula geral, que abre espaço para a criação de regras processuais em regime de atipicidade. Este ponto merece atenção detida, uma vez que os exemplos que serão apresentados abaixo consistem em negócios jurídicos processuais atípicos.

Existem vários dispositivos do novo Diploma que preveem negócios jurídicos típicos, ou seja, definidos de antemão por uma conformação mínima.

Como exemplo, tenha-se os seguintes dispositivos do CPC: a eleição de foro (art. 63), a escolha de conciliador ou mediador (art. 168), a calendarização processual (art. 191), a renúncia ao prazo estabelecido exclusivamente em favor da parte (art. 225), a convenção de suspensão do processo (art. 313, II), o aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento do processo (art. 329, II), o afastamento da audiência preliminar (art. 334, §4°, I), a delimitação consensual das questões de fato e de direito (art. 357, §2°), o adiamento de audiência (art. 362, I), a convenção sobre distribuição do ônus da prova (art. 373, §3°), a alteração da ordem de depoimento das testemunhas (art. 456, p. único), a eleição do perito (art. 471, *caput* e §3°), a definição de liquidação por arbitramento (art. 509, I), a ampliação objetiva e subjetiva da demanda na hipótese de autocomposição judicial, em qualquer etapa do processo (art. 515, §2°), a definição da parte incontroversa para pagamento na apuração de haveres (art. 604, §3°), a desistência do recurso (art. 998).

Também se identifica na legislação especial negócios jurídicos processuais típicos. Tenha-se, por exemplo, a negociação sobre meios de citação, conforme disposto no art. 58, IV, da Lei 8.245/1991:

> "Art. 58. (...)
>
> (...)
>
> IV – desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação far-se-á mediante correspondência com aviso de recebimento, ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, também mediante telex ou fac-símile, ou, ainda, sendo necessário, pelas demais formas previstas no Código de Processo Civil".

Segundo a lógica modular da cláusula geral do art. 190 do CPC, os negócios jurídicos processuais típicos poderão ser combinados com atípicos para o estabelecimento de arranjos diversos.

Note-se que não há forma *ad solemnitatem* estabelecida para o negócio jurídico processual. A liberdade de forma é a regra.

É possível até mesmo a estipulação processual pela via oral. A questão, nesses casos, será comprovar o negócio, o que recomenda alguma documentação (*ad probationem*), ainda que por mídia eletrônica.

A estipulação processual poderá ser positivada com as de ordem material no mesmo instrumento, o que aliás é recomendável, em razão do pressuposto da co-originalidade, segundo o qual as disposições processuais devem estar necessariamente referidas aos direitos materiais suscetíveis de autocomposição. Mas nada impede que venham a ser firmadas em instrumento apartado, desde que com expressa remissão às específicas disposições materiais, a exemplo de um aditivo contratual.

As estipulações processuais também poderão constar de contratos sociais, estatutos sociais (parametricamente, art. 136-A da Lei 6.404/1976) ou convenções de condomínio. De acordo com o Enunciado n° 492 do FPPC, "o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter negócios processuais."

Quando se tratar de negócio jurídico processual incidental, será necessário observar as formalidades processuais, o que significa documentação para constar dos autos (*e.g.*, arts. 334, §11, 367, CPC; parametricamente, art. 9°, §1°, Lei 9.307/1996).

6. DIREITOS QUE ADMITEM AUTOCOMPOSIÇÃO

Foi esclarecido, preambularmente, que o presente trabalho não possui por objetivo a análise detida dos limites aos negócios jurídicos processuais.

Todavia, há um pressuposto de validade que, por sua generalidade e importância para compreensão da própria definição dos negócios jurídicos processuais, não poderá deixar de ser abordado.

Assim, impossível ignorar o texto do art. 190 do CPC, que atrela o negócio jurídico processual a direitos que admitam autocomposição.

É irrelevante, no ponto, cogitar-se de "disponibilidade sobre o processo"[31], como o faz Antonio do Passo Cabral. No que diz respeito à seara processual o legislador já estabeleceu de antemão um recorte limitador, exatamente o objeto do negócio jurídico processual (disposições sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais). Em outra dicção, o âmbito de disponibilidade sobre o processo já foi previamente definido e limitado pela lei para as matérias apontadas.

31. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 295, 297.

Chega-se à mesma conclusão quando se considera que imediatamente antes da expressão "direitos que admitam autocomposição" o texto do dispositivo em foco aduz "versando o processo sobre", a indicar que a noção de autocomposição sobre direitos é algo que se investiga a partir do ângulo material e não processual. Ainda que em alguns casos essas fronteiras possam se apresentar como uma "zona cinzenta", não se pode ignorar a proeminência do direito material para a definição em análise.

O pressuposto "direitos que admitam autocomposição" não se refere à disposição processual e um exemplo deve ser apontado. Definindo as partes o ônus da prova de determinado fato mediante negócio jurídico processual há disposição de ordem processual, mas isso não significa observância ao pressuposto de validade que exige direitos suscetíveis de autocomposição. É necessário, pois, analisar o direito material ao qual está atrelada a disposição processual. Percebe-se, então, que o pressuposto em comento está no umbral da análise de validade do negócio jurídico processual.

A lei exige uma determinação especial, que é exatamente a vinculação do negócio jurídico processual a direitos que admitam autocomposição. Dessa maneira, é necessária alguma delimitação sobre a matéria a que se refere o negócio jurídico processual, algo semelhante ao disposto no art. 10, III, da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem).

Não cabe, pois, o negócio jurídico processual que apresenta a pretensão de ser observado de forma vinculativa para quaisquer processos em que se envolvam as partes, o que corresponderia a uma indeterminação dos direitos materiais passíveis de controvérsia e sujeitos à incidência da regra privada. Vagueza dessa sorte geraria inúmeras deturpações, isso sem contar com a possibilidade de abrir escancarada porta para fraudes. Não que seja vedada alguma amplitude a respeito dos direitos materiais vinculados à estipulação processual. É cabível, por exemplo, o negócio jurídico processual definido em contrato social, estatuto social ou convenção de condomínio, para prevalecer face aos direitos materiais delimitados por cada um desses atos, tal como a Lei 13.129/2015 pacificou para a arbitragem, conforme a redação estabelecida ao art. 136-A da Lei 6.404/1976.

Percebe-se, então, que para o negócio jurídico processual existe uma regra de co-originalidade: as disposições processuais devem estar necessariamente referidas aos direitos materiais suscetíveis de autocomposição. Não se pode concordar, portanto, com Antonio do Passo Cabral, que defende não haver necessidade de que exista um negócio jurídico material subjacente. Essa leitura contraria frontalmente o texto do art. 190 do CPC, que atrela o negócio jurídico processual a direitos que admitem autocomposição.

A disponibilidade do direito é matéria que atormenta os especialistas em arbitragem, em virtude do disposto no art. 1° da Lei 9.307/1996, que elege como pressuposto "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". O legislador atuou sabiamente ao prever, no *caput* do art. 190 do CPC, que o negócio jurídico processual deve estar vinculado a direitos que admitam autocomposição,

afastando-se da noção de disponibilidade dos direitos. Essa opção permite uma estratificação analítica das várias linhas normativas que subjazem aos direitos, para compreensão de que mesmo que sejam atribuídos rótulos superficiais como "indisponibilidade" é possível discernir aspectos disponíveis no feixe de prerrogativas, poderes, deveres, interesses e situações que subjazem à norma.

Tenha-se por exemplo a hipótese de alimentos, que nos termos do art. 1.707 do Código Civil são irrenunciáveis, embora a implementação dos mesmos possa deixar de ser exercida. Na síntese de Leonardo de Faria Beraldo, "o direito a alimentos é indisponível, contudo, admite-se a transação acerca do montante devido."[32] Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior explica que "é possível a transação mesmo em se tratando de direito indisponível, tanto é assim que são corriqueiros os casos em que as partes de uma ação de alimentos transacionam o valor da pensão, forma de pagamento etc."[33] Merece destaque, ainda, o exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que segundo o seu art. 1° abarca normas "de ordem pública e interesse social". Mesmo diante da amplitude deste dispositivo, a praxe forense estimulou e consagrou a autocomposição entre consumidores e fornecedores, a demonstrar que rotulações formatadas não cabem para a abordagem da questão e que é imperioso o discernimento entre âmbitos de autorregramento da vontade em todas as searas do Direito.

Conclui-se, então, que a expressão "direitos que admitam autocomposição" é ampliativa no sentido de permitir o negócio jurídico processual ainda que face a direitos indisponíveis. Nesse sentido, o Enunciado 135 do FPPC: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual." Sempre que identificado espaço para a autocomposição, será possível a vinculação a um negócio jurídico processual.

Ainda que num esforço analítico não sejam identificadas linhas suscetíveis de autocomposição no direito material, será válido o negócio jurídico processual nas estritas hipóteses em que esta disposição resultar em incremento tutelar ao titular.

É que nesses casos o negócio jurídico processual não trará qualquer efeito dispositivo sobre o direito material. Como exemplos podem ser citadas estipulações processuais que ampliam prazos em favor de incapaz, estabelecem foro em favor de uma parte hipossuficiente, definem distribuição de custos processuais no sentido de ampliar o acesso à justiça.[34] O importante é analisar se a estipulação processual "tornou-se concretamente mais benéfica ao sujeito de direito que abdicou de situações jurídicas de vantagem" (*outcome-based approach*).[35]

32. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 12.

33. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In*: Revista de Processo, vol. 244, Jun 2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 393 - 423.

34. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 299.

35. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 327.

Questão que merece muita atenção e, sobretudo, empenho doutrinário para promover controle em prol da esfera individual está na possibilidade de estabelecer negócios jurídicos processuais em sede de tutela coletiva.

Diante de interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos caberiam, em princípio, estipulações processuais coletivas. Seria possível, portanto, firmar negócios jurídicos processuais coletivos prévios, via compromisso de ajustamento de conduta (art. 5°, §6°, Lei 7.347/1985) ou incidentais, via processos coletivos (*e.g.*, ação civil pública).

Uma premissa para a abordagem da questão está em compreender se é possível alguma disposição sobre direitos coletivos (*lato sensu*), mormente porque tal definição será realizada por um legitimado extraordinário.

A respeito da possibilidade de transação sobre o direito coletivo material podem ser apontadas quatro linhas interpretativas: (i) impossibilidade; (ii) possibilidade apenas para os casos de direitos patrimoniais disponíveis (art. 841, CC), o que conduziria à restrição aos direitos individuais homogêneos; (iii) possibilidade apenas para o incremento de tutela; (iv) possibilidade ampla.

Essa análise, voltada para os negócios jurídicos processuais, merece um outro enfoque, por dois motivos centrais.

Primeiramente, deve-se levar em conta que o art. 190 do CPC elegeu o critério da autocomposição como forma de dar um passo adiante à rotulação formatada sobre a noção de direitos disponíveis, com o escopo de identificar aspectos de disponibilidade no feixe de prerrogativas, poderes, deveres e situações que conformam o direito.

Em segundo lugar, é importante considerar uma peculiar finalidade dos negócios jurídicos processuais que é a programação de regras visando um processo futuro ou existente, questão diretamente afeta ao interesse individual. Trata-se de uma "customização de segundo grau", em que as partes prefiguram quais são as definições processuais pertinentes sobre outro equacionamento contratual, designadamente o realizado em torno do direito material. Não se perca de vista que o art. 190 do CPC consiga expressamente que o negócio jurídico processual se destina à adequação conforme a conveniência das partes (= especificidades da causa), o que indica a ênfase de servir ao autorregramento individual.

Não parece correto, portanto, defender um largo âmbito destinado a definições formatadas, sem o apanágio da adequação, por parte de legitimados extraordinários, quase que a atuação de uma paralela heteronomia, nitidamente contrastante com o sentido de autonomia (*tailoring*) previsto no dispositivo. É tarefa difícil identificar aspectos de disponibilidade, mesmo consoante uma análise aprofundada e estratificada, em interesses e direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Por outro lado, se essa tarefa pode ser factível em direitos individuais homogêneos, o fato é que o sentido de customização do negócio jurídico processual repele, numa análise inicial, a autorização para que legitimados extraordinários definam estipulações dessa espécie.

Portanto, esse novo contexto normativo conduz à conclusão de que negócios jurídicos processuais podem ser definidos no âmbito coletivo, prévia ou incidentalmente, se e apenas se promoverem incremento de tutela para aspectos disponíveis (passíveis de autocomposição) de direitos materiais em favor dos titulares substituídos pelos entes legitimados. De sorte que não podem os legitimados "dispensar direitos ou obrigações, nem renunciar a direitos."[36] Se, por exemplo, o legitimado firmar negócio jurídico processual coletivo estabelecendo a vinculação de consumidores à cláusula compromissória completa ou cheia, subtraindo-lhes, pois, a possibilidade de optar pela arbitragem pontualmente, após o surgimento do conflito, usualmente por meio do compromisso arbitral, a disposição será nula (art. 51, VII, CDC).

O posicionamento adotado não se restringe ao "modo de cumprimento das obrigações assumidas", conforme previsto no art. 48 do PL 5.139/2009, que pretendia regular o compromisso de ajustamento de conduta sobre interesses e direitos indisponíveis. Abrange qualquer estipulação, singular ou complexa, que regule procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais, em sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, com o escopo de alcançar o cumprimento do dever legal.[37]

Negócios jurídicos processuais coletivos prévios requerem extremo cuidado, cabendo as considerações de Antonio Gidi: "sem controles adequados, dar efeito vinculante a qualquer acordo em um processo coletivo seria uma solução extremamente perigosa."[38]

Além disso, em qualquer caso deverá ser respeitada a regra do sistema *opt in*, de forma que cada titular só será atingido pelos efeitos da definição coletiva se assim expressamente pretender.[39]

7. PARTE QUE SE ENCONTRE EM MANIFESTA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Outro pressuposto específico previsto no art. 190, p. único do CPC, e que merece ser pontuado em virtude da atuação da Defensoria Pública, embora este trabalho não verse especificamente sobre os limites ao negócio jurídico processual, é a inexistência de parte que se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

---

36. MAZZILI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.
37. NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 207.
38. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 279.
39. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

Para Fredie Didier Jr. cuida-se de um pressuposto relacionado à capacidade processual.[40] Não concordamos com essa leitura. A vulnerabilidade é uma concepção jurídica tradicionalmente utilizada para caracterizar perfis, com a função de estabelecer critério para a aplicação da norma que promoverá controle de conteúdo dos pactos (*Inhaltskontrolle*). Identificado o específico perfil, conclui-se pela presunção de vulnerabilidade.

Joaquim de Sousa Ribeiro, ao analisar o controle de conteúdo pelo ângulo das cláusulas contratuais gerais, expõe que na Alemanha a jurisprudência do *BVerfG*, a partir de 1993, passou a permitir de forma abrangente a tutela "num contexto de uma tipificável inferioridade estrutural do contraente prejudicado."[41] A grande questão, aqui, é que para a operabilidade desse regime o ideal é a tipificação dos perfis que conduzem à presunção autorizadora da incidência da norma corretiva (*e.g.*, consumidores, trabalhadores).

O art. 190, p. único, do CPC estabeleceu um desafio ao intérprete, ao consignar a expressão "manifesta situação de vulnerabilidade". O ordenamento prevê leis especiais para proteção de vulneráveis, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), a Lei Maria da Penha, que objetiva a proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar (Lei 11.340/2006).

A jurisprudência do STJ é no sentido de que a categoria jurídica dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis (REsp 931.513/RS). Esse tribunal tem considerado noções ainda mais abstratas como a vulnerabilidade fática (REsp 1195642/RJ, REsp 1293006/SP), a vulnerabilidade econômica (REsp 85.521/PR, REsp 1302467/SP, REsp 963.852/PR), a vulnerabilidade informacional (REsp 1329556/SP, REsp 1270174/RS), a vulnerabilidade técnica (AgRg no AREsp 310.598/PA, REsp 1297956/RJ, AgRg no Ag 1248314/RJ), a vulnerabilidade científica (RMS 31.073/TO), a vulnerabilidade jurídica (AgRg no AREsp 426.563/PR, REsp 1378557/RS, REsp 1243887/PR), a vulnerabilidade do paciente (REsp 1178555/PR), a vulnerabilidade de gênero (AgRg no REsp 1430724/RJ), a vulnerabilidade da gestante (HC 269.553/RS), a vulnerabilidade do dependente químico (HC 289.250/SP). É de se questionar quem fica de fora, em razão dessa descontrolada ampliação da noção de vulnerabilidade.

Seria possível defender, a princípio, que o art. 190, p. único, do CPC estabeleceu uma inédita abertura para a tutela de qualquer espécie de debilidade estrutural que possa emergir da realidade. Todavia, a indefinida abertura da noção acabaria subvertendo o seu propósito de reservar normas tutelares em caráter excepcional apenas para grupos que mereçam tratamento diferenciado.

40. DIDIER JR., Fredie. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 299.

41. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.* Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 150.

Além disso, sem parâmetros rígidos a ideia de vulnerabilidade poderia ser utilizada de acordo com o subjetivismo do intérprete, o que não se pode admitir.

Propõe-se, portanto, dois critérios centrais.

O primeiro consiste na aplicação da regra do art. 190, p. único do CPC apenas para hipótese de perfis de vulnerabilidade inequivocamente incorporados pela lei para o direito material. É que o intérprete pode falsificar a noção de vulnerabilidade por um sem número de fundamentos, o que, aliás, já tem ocorrido, conforme demonstrado. O estabelecimento de normas corretivas deve ficar exclusivamente a cargo do legislador e não submetido a um critério de justiça particularista ao talante do aplicador da norma. Mais uma vez, aqui nos distanciamos do entendimento de Fredie Didier Jr., já que se cuida de uma qualificação afeta ao direito material.

Não basta, contudo, identificar um regime de vulnerabilidade eleito pelo direito material. Isso porque o dispositivo refere-se ao caso de "manifesta situação de vulnerabilidade". A lei, portanto, consigna um segundo "recorte" (hipóteses evidentes ou manifestas – vulnerabilidade específica) dentro de outro (vulnerabilidade geral de acordo com o direito material).

Assim, em que pese a identificação de uma parte na condição de consumidora, deverá ser avaliada a presença de elementos que apontam para uma debilidade patente, não cabendo presunções calcadas em dados superficiais. Nesse segundo âmbito, concêntrico ao primeiro, procede-se a uma avaliação contextual, na qual será aferida a presença detida de vulnerabilidade, sobretudo na sua vertente cognitiva e técnica. Note-se que não se confundem esses conceitos amplos com a ideia integral de vulnerabilidade, uma vez que tal análise é de segundo grau e se estabelece apenas depois de identificada uma tipificação temática de vulnerabilidade, conforme o direito material. E também porque a avaliação da vulnerabilidade específica deverá ser realizada tendo-se em vista a capacidade potencial de a parte suprir ou compensar assimetrias. Para ilustrar, ainda que se identifique um consumidor como parte (vulnerabilidade geral), concluindo-se que se trata de uma pessoa com recursos financeiros, fica afastada a vulnerabilidade específica, que o art. 190, p. único, do CPC indica como manifesta vulnerabilidade, pois no caso as condições financeiras permitem suprir eventual assimetria.

Dessa forma, o art. 190, p. único, do CPC não proíbe invariavelmente estipulações processuais para pessoas que se amoldam ao figurino de grupos vulneráveis, como de consumidores ou trabalhadores, apenas para citar alguns exemplos. Pelo contrário, a norma apresenta um conceito restritivo, o que se depreende da expressão "manifesta situação de vulnerabilidade", a exigir da doutrina e da jurisprudência abordagens teóricas que permitam uma satisfatória delimitação.

Exatamente por se tratar de uma noção pragmática, não é possível concordar com o Enunciado nº 18 do FPPC: "há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica." É possível que a parte não tenha recorrido à assistência técnica-jurídica porque

assim deliberou, ou por desídia própria, embora tivesse condições de tomar essa providência. Constatada a possibilidade potencial de afastar assimetrias pela iniciativa individual, apresenta-se desarrazoada qualquer intervenção tutelar heterônoma.

Também não se concorda com o destacado entendimento do FPPC pelo fato de gerar uma injustificável distinção no ordenamento jurídico. Ora, não há qualquer disposição legal que autorize presumir vulnerabilidade quando o negócio estabelece estipulações de direito material, ainda que complexas, apenas pelo fato de que as partes firmaram o pacto desassistidas por advogados.

Erigida como regra geral, a proposta em comento levaria à conclusão de que para o controle de disposições materiais nulas ou abusivas o julgador deveria ter em conta a ausência do acompanhamento técnico do advogado na condição de relevante indício, o que é absurdo.

Ademais, conduziria à conclusão de que disposições materiais também pediriam o acompanhamento técnico-jurídico para serem reputadas lídimas na seara da validade, exigência evidentemente engessadora, contrária ao que se almeja nas relações sociais, sobretudo para a hipótese de estipulações processuais prévias.

É preciso não perder de vista a regra geral: "o ato negocial em si não é postulatório, e portanto não necessita da assistência de advogado."[42] Se até para firmar a convenção arbitral, que resulta no afastamento do julgamento pelo Poder Judiciário, não se exige o pretendido acompanhamento técnico-jurídico, não existem fundamentos de relevo para atrelar ao negócio jurídico processual a eufemística "presunção de vulnerabilidade" que, na condição de "espada de Dâmocles" sobre as partes, na prática transformará em pressuposto de validade o acompanhamento por advogados.

8. NEGÓCIOS JURÍDICOS PRÉVIOS E INCIDENTAIS

Para fins de analisar a casuística dos negócios jurídicos processuais, ou seja, as espécies que podem ser definidas pelas partes segundo a abertura do regime de atipicidade estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, também convém destacar que tais convenções poderão ser realizadas antes (= prévios) e durante o processo (= incidentais).[43]

A possibilidade de elaboração de negócios jurídicos processuais antes de instaurado o processo é questão da maior relevância prática, sobretudo para o cotidiano de defensores públicos. Como se sabe, a assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública abarca a atuação extrajudicial, por expressa determinação legal (arts. 1°; 4°, I; 4°, II, Lei Complementar 80/1994).

Sobre a definição incidental do negócio jurídico processual, o conhecido "termo de arbitragem" pode encontrar um correspondente para servir aos negócios jurídicos processuais.

42. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 278.

43. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 75 e ss.

Ensina Leonardo de Faria Beraldo que

> "a ata de missão, termo de arbitragem ou termo de referência são três expressões que significam a mesma coisa. Trata-se de instrumento, sem previsão legal, que possui relevante função ordenadora no procedimento arbitral, uma vez que é nele que as partes poderão, por exemplo, adaptar, alterar ou prever as regras (...) aplicáveis ao caso concreto."[44]

Geralmente é firmado em audiência específica do procedimento arbitral e opera como instrumento de acertamento, um verdadeiro "mata-borrão" de irregularidades, o que praticamente afasta alegações de nulidade.

Vertida para a realidade dos negócios jurídicos processuais, a ata de missão ou *terms of reference* poderá ser utilizada para alterar, adaptar ou estabelecer todas as estipulações que vigorarão no processo.

Essa definição, numa mesma assentada e com a participação do julgador atrai a vantagem de concentrar o conhecimento e o controle do negócio jurídico processual. Ainda, permite que nessa oportunidade seja concedida a autorização judicial para os casos excepcionais previstos na lei.

O objetivo do termo de referência é o de promover o esclarecimento - espancando dúvidas - adequar as disposições à legalidade e organizar o negócio jurídico processual. Percebe-se que seu objeto é amplo e exatamente por isso também poderá abranger a calendarização processual (art. 191, CPC).

Embora apresentem algumas semelhanças, a audiência que serve à elaboração do termo de referência não se confunde com aquela destinada ao saneamento compartilhado (art. 357, §3°, CPC). A primeira apresenta objeto consideravelmente mais amplo e, ademais, assegura maior efetividade se realizada *initio litis*.

Cabe indagar se é válido o negócio jurídico processual que obriga o magistrado a marcar audiência para elaboração do termo de referência. Entendemos pela negativa, uma vez que a designação de audiências está entre os poderes do juiz insuscetíveis de negociação. Não se recomenda cláusula que estabeleça a obrigatoriedade desse instrumento entre as partes, pois acabará por subtrair a eficácia das estipulações processuais enquanto não firmado o termo de referência. A medida mais adequada seria prever a faculdade da elaboração do termo.

Ainda que não exista qualquer estipulação quanto à elaboração do termo de referência, o magistrado poderá designar audiência com este fim, mormente nas hipóteses em que constatar a elaboração de negócios jurídicos processuais complexos ou dúbios. Dessa forma, não havendo convergência de vontades para a elaboração do termo de referência, tocará a cada parte postular o que entende estar de acordo com o pacto já existente, cabendo ao julgador decidir sobre o adequado sentido do negócio jurídico processual à luz do ordenamento jurídico.

44. BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem.* São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 287.

O negócio jurídico processual pode ser alterado ou afastado por manifestações de vontade convergentes das partes, inclusive por renúncia ou distrato (*vide* Enunciado n° 411 do FPPC).

A resilição unilateral, também conhecida como "denúncia", em regra não constitui faculdade da parte. Prevalece a regra da irrevogabilidade da declaração de vontade.[45] É possível, contudo, que as partes convencionem o direito potestativo de resilição unilateral (resilição convencional).[46]

Estabelece o Enunciado n° 495 do FPPC que "o distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação." Esta última regra é na linha da simetria das formas, a exemplo do disposto no art. 472 do Código Civil.

9. CASUÍSTICA

Avaliados os principais aspectos do negócio jurídico processual para a presente abordagem, cabe considerar a aplicação prática do instituto em consonância com os mais variados e específicos propósitos das partes.

9.1. Negócios jurídicos processuais cabíveis de acordo com o FPPC

O Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC - editou uma série de enunciados que apresentam negócios jurídicos processuais lícitos, que merecem ser transcritos.

Assim, "são admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal." (Enunciado n° 19).

45. DIDIER JR., Fredie. *In:* STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 302.

46. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 239-242.

"São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais." (Enunciado n° 21).

"É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença." (Enunciado n° 262).

"São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3°, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)." (Enunciado n° 490).

"É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo." (Enunciado n° 491).

"Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos." (Enunciado n° 579).

"É admissível o negócio processual estabelecendo que a alegação de existência de convenção de arbitragem será feita por simples petição, com a interrupção ou suspensão do prazo para contestação." (Enunciado n° 580).

Um dos mais importantes enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC consiste no de número 17, segundo o qual "as partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção." Sanções processuais auxiliarão sobremodo para a implementação efetiva do negócio jurídico processual. A título de exemplo, tenha-se o negócio jurídico processual que estabelece a técnica de descrição do montante controverso e do montante incontroverso, que será avaliada adiante com detalhes, em face da qual caberá a consequência, também definida por estipulação processual, de levantamento do montante consignado incidentalmente ou de presunção de correção do débito apresentado, na ausência da quantificação devida.

Por outro lado, entende o FPPC que "não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos." (Enunciado n° 20).

A par dessas considerações, propomos outros negócios jurídicos processuais que poderão se apresentar de grande utilidade no cotidiano jurídico.

9.2. Outras propostas

O regime de atipicidade inerente à cláusula geral de negócios jurídicos processuais permite que as partes estabeleçam inúmeras combinações e conteúdos, segundo seus interesses concretos.

Dessa forma, neste tópico serão alinhadas propostas de negócios jurídicos processuais que atendem a necessidades há muito identificáveis na praxe forense.

9.2.1. Módulos procedimentais e espraiamento sentencial

As partes poderão programar, mediante negócio jurídico processual, módulos procedimentais que se relacionam à concretização de direitos ao longo do processo, de forma fragmentada, medidas essas que não correspondem ao julgamento antecipado parcial do mérito ou à concessão de tutela provisória.

Poder-se-ia conceber que todo provimento jurisdicional concedido antes da tutela final corresponderia a antecipação de provimento satisfativo ou cautelar. Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho bem explica que se cuidam de realidades distintas:

> "Tomando-se por base o momento procedimental em que concedida, a tutela pode ser classificada em antecipada e final.
>
> Se ao término, ou seja, após todo o desenvolver do procedimento (após, caso seja necessário, a possibilidade de contraditório e o esgotamento das possibilidades probatórias que o procedimento permite), é dita final; já, quando dada em qualquer momento procedimental anterior (seja anteriormente à possibilidade de contraditório, seja de modo anterior à alguma possibilidade de produção probatória), é dita antecipada.
>
> É preciso ter cuidado para não confundir a tutela antecipada com o julgamento antecipado parcial previsto no art. 356, CPC. Neste último a decisão é a título definitivo e, pois, consiste em tutela final. É como se existissem dois ou mais procedimento num só, de modo que, para o pedido (ou parcela dele) que se mostra incontroverso, ou para a hipótese em que presentes condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355, o procedimento se finda, embora continue para o outro pedido que não se amolde ao disposto nos incisos I e II do art. 356.
>
> Do mesmo modo, não se pode confundi-la com as chamadas decisões parciais em sucessividade. Há procedimentos que são estruturados para que, ao longo de seu (per)curso, mais de uma decisão seja proferida em sucessão, ou seja, a ação processualizada vai sendo julgada paulatinamente, de modo espraiado (expressão devida a Eduardo José da Fonseca Costa). É o que ocorre, por exemplo, com o procedimento da ação demarcatória: primeiro (art. 581, CPC), o juiz, julgando procedente a ação, fixa o traçado da linha demarcando e, após, tendo ocorrido a fixação dos marcos, homologa a demarcação (art. 587, CPC)."[47]

As medidas judiciais eram tradicionalmente definidas de maneira concentrada em um ato do juiz, designadamente a sentença. Eduardo José da Fonseca Costa explica hipóteses legais que na atualidade representam uma estratificação dessa antiga concentração, pela qual a sentença "dilui-se numa complexidade de atos do procedimento", de maneira que "a realização substitutiva da ação de direito material se faz em escalada", "em contraposição à instantaneidade unitária".[48]

Dessa maneira, a convenção que se vale do "espraiamento sentencial" consiste num *tertium genus*, que tem por fundamento imediato a programabilidade inerente à lógica modular dos negócios jurídicos processuais.

Um exemplo deve ser citado, seguido de considerações teóricas paralelas. No exercício da liberdade contratual, as partes poderão definir uma garantia atípica (art. 425, CC) no sentido de atrelar um bem para assegurar o pagamento do débito, com a correspondente estipulação processual de conversão do mesmo em pecúnia, por via de venda *initio litis* e consignação judicial do valor obtido. No caso, o negócio jurídico processual estabeleceu as técnicas de venda antecipada do bem dado em garantia e de consignação judicial do montante obtido com a alienação incidental.

Como se trata da estrita operacionalização de uma garantia eleita pelas partes, sem a qual o negócio não teria sido realizado, percebe-se uma correlação imediata entre o direito material (*ex contractu*) e a técnica processual (*ex contractu*), definição essa que afasta, por especialidade, o regime cautelar, que decorre *ex lege* pelos ângulos material e processual.

Igualmente, não há, no exemplo em pauta, tutela satisfativa, pois o montante será mantido consignado nos autos até o provimento jurisdicional definitivo. Por tal motivo, também não se trata de tutela de evidência.

Ainda, a implementação da garantia na fase processual programada pelas partes não redunda em julgamento antecipado, pois o reconhecimento do direito ao bem da vida deduzido no processo ficará a cargo de decisão específica, após o exaurimento da cognição.

Uma vez que se está diante de módulo processual pré-definido em todas as suas estruturas, pelo qual a garantia prevê uma conversão em venda judicial *initio litis*, face o evento objetivo da mora, não se exige a configuração dos pressupostos da probabilidade do direito, do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. O módulo procedimental pode ser programado para

47. GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Lualri Editora. No prelo.

48. COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In:* ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 597.

surtir efeitos automaticamente, de acordo com o equacionamento definido pelas partes.

Note-se que para o estabelecimento de qualquer garantia, a exemplo do seguro de fiança locatícia (art. 37, III, da Lei 8.245/1991), não são tecidas considerações em torno de urgência, probabilidade ou evidência, pois se está em seara afeta ao exclusivo interesse das partes, que não comporta controle de conveniência.

Bem vistas as coisas, percebe-se que o fenômeno está na base dos procedimentos especiais, caracterizados por variadas combinações de módulos. Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho traça promissor caminho para o tema, por rigorosa linha metodológica inspirada em Pontes de Miranda e explica que a ação de direito material e a norma pré-processual conduzem a remédios processuais diferenciados e à estruturação procedimental diversificada, o que permite o desenvolvimento de uma avançada teoria dos procedimentos especiais.[49] Entendemos que neste campo o negócio jurídico processual contribuirá abrindo novos horizontes.

9.2.2. *Definição de julgamento por equidade*

Ao contrário do defendido por alguns, não cabe negócio jurídico processual autorizando o julgamento por equidade *ex aequo et bono*, que significa decidir sem vinculação à lei ("instead of the application of a law"; "the application of equity rather than the law" [50]), sob a discricionariedade plena do julgador[51], segundo regras "ditadas pela sua própria consciência."[52]

O primeiro motivo evidente para esta proibição está no objeto definido pelo art. 190 do CPC para o negócio jurídico processual: versar sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades ou deveres processuais. Nenhuma dessas matérias diz respeito ao afastamento do julgamento conforme a lei, de modo que tal somente poderia ser admitido por inequívoca autorização legal expressa (art. 140, p. único, CPC), a exemplo do disposto no art. 2º da Lei 9.307/1996.

Além desse invencível óbice, merece destaque o estudo de Edoardo Ricci, que demonstra o grande prejuízo que o julgamento de equidade representa ao

49. GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Da especialidade do procedimento das execuções fundadas em título extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 310-312.

50. ANDREWS, Neil. *Global perspectivas on commercial arbitration (Parte 2). In:* Revista de Processo, vol. 202, Dez 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 293-337.

51. SACHS, Klaus; NIEDERMAIER, Tilman. *Overriding mandatory provisions before arbitral tribunals - some observatios. In*: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34, Jul - Set 2013. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 159-179.

52. RICCI, Edoardo Flavio. *O contraditório na arbitragem de equidade. In*: Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão - questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

contraditório efetivo, ao ponto de conduzir para "uma decisão de surpresa: uma decisão baseada em regras, nas quais as partes ainda não tinham pensado."[53]

De acordo com o mesmo autor, "a impossibilidade de uma referência a normas substanciais comporta um debate não orientado, confuso e embaraçante" e "quem não conhece as normas que serão aplicadas está na mesma situação de quem participa de um jogo desconhecendo as regras que o levarão a vencer."[54] O desconhecimento das normas aplicáveis faz, assim, com que o diálogo entre ambas as partes ou entre as partes e o juiz "torne-se um diálogo entre surdos ou entre pessoas que falam línguas diferentes."[55]

O negócio jurídico processual não pode mitigar o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, o que impede a restrição do contraditório efetivo tão encarecido pelo novo CPC, que veda decisões-surpresa (art. 10).

Não socorreria, em suposto atendimento ao art. 10 do CPC, a manifestação prévia do julgador sobre linhas interpretativas que ele pretenderia utilizar para decidir por equidade, uma vez que, não obrigado a julgar segundo qualquer parâmetro senão a sua própria consciência, os argumentos apresentados pelas partes nada representariam do ponto de vista de correção ou constrangimento epistemológico, neste caso com efetivo prejuízo da possibilidade de influência.

O disposto no art. 723, p. único, do CPC não infirma esta conclusão, pois mesmo este dispositivo deve ser cuidadosamente interpretado conforme a Constituição (art. 1º, CPC), na linha das garantias em tela. Substanciais estudos em torno das garantias processuais constitucionais produzidos nos últimos anos recomendam uma leitura adequada do texto, desautorizando a aplicação da equidade produtora de normas ou fomentadora do ativismo judicial.[56]

Rios de tinta já foram empregados para tratar da aplicação da equidade no direito. Esse é um debate vasto que não cabe aqui. Não é o caso de se aprofundar em Aristóteles, seus seguidores ou seus críticos. A adequada interpretação do art. 723, p. único, do CPC, à luz da Constituição demandaria muitas considerações, incabíveis neste espaço. Resumidamente, propugna-se uma leitura do dispositivo em combinação com o art. 139, IV e VI, do CPC e à luz do direito

53. RICCI, Edoardo Flavio. *O contraditório na arbitragem de equidade. In*: Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão - questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

54. RICCI, Edoardo Flavio. *O contraditório na arbitragem de equidade. In*: Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão - questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 157, 158.

55. RICCI, Edoardo Flavio. *O contraditório na arbitragem de equidade. In*: Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão - questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

56. Sobre o tema, *vide* STRECK, Lenio Luiz, DELFINO, Lúcio. *Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito.* Revista eletrônica Consultor Jurídico, s.l., dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>. Acesso em: 04-01-2017.

fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e em tempo razoável (art. 5º, XXXV, LV, LXXVIII, CF/88).[57]

Nessa linha, o art. 723, p. único, do CPC deve ser aplicado como cláusula geral para a identificação da técnica processual adequada ao caso concreto. "Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem."[58]

É verdade que o art. 139, IV e VI, do CPC também pode se apresentar como pretexto para o ativismo judicial, o que já tem merecido importantes críticas.[59] Não nos filiamos, todavia, aos que entendem que as cláusulas gerais são insuscetíveis de controle.[60]

Cláusulas gerais não são normas em branco para o preenchimento inventivo por parte do magistrado. Cabe à dogmática jurídica, mediante a racionalidade discursiva, estabelecer os critérios de aplicação.

Reservando-se o desdobramento desses tópicos para um outro trabalho, importa considerar que as medidas de efetivação, sob a regência do art. 723, p. único, do CPC (c/c art. 139, IV e VI, do CPC), devem ser balizadas (i) pelo o esgotamento das vias consensuais, com destaque para os negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC), verdadeiros e primordiais legitimadores de soluções atípicas; (ii) pela observância do contraditório prévio e efetivo (art. 10, CPC)[61]; (iii) pelos *standards* jurídicos deduzidos da lei[62]; (iv) pelos parâmetros intrassistemáticos, com destaque para procedimentos já positivados[63], o instrumental que o próprio sistema oferece[64]; (v) pela relação de fins e meios deduzidos da avaliação de normas jurídicas, não da proporcionalidade que atua como Proteu; (vi) pela diretriz da otimização de direitos e da maximização dos benefícios às partes.

Dessa forma, o julgamento por equidade viola as garantias processuais para as quais o CPC não autoriza contemporização. Por fim, considere-se todos os limites legais ao negócio jurídico processual, a abranger a proteção de normas cogentes materiais e processuais, que demonstram ser incompatível a solução *ex aequo et bono* com o regime estabelecido pelo CPC, permeado de controles heterônomos (art. 190, p. único).

9.2.3. Cláusula de instância

O negócio jurídico processual autoriza a estipulação da denominada cláusula de instância ou cláusula sem recurso, com efeito de restringir a decisão de mérito ao primeiro grau de jurisdição.[65]

Vale lembrar que de acordo com o STF o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional (*vide*, *e.g.*, RHC 79.785/RJ).[4]

Alguns objetam que autorizar a cláusula de instância por negócio jurídico processual atacaria o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, como o direito à decisão efetivamente fundamentada (art. 93, IX, CF/88). De acordo com a tese, bastaria a hipótese de uma decisão não fundamentada para arredar a cláusula de instância ao campo da inconstitucionalidade, pois não seria possível corrigir o *error in procedendo* via recurso.

Essa leitura pressupõe, ainda que sem enfrentar o ponto, a inconstitucionalidade da própria orientação do STF, pois a fundamentação deficiente também poderá se verificar para as hipóteses legais em que o duplo grau não existe. A prevalecer a tese, o art. 18 da Lei 9.307/1996 seria inconstitucional por autorizar o julgamento limitado à primeira instância, o que conduziria à potencial extinção da arbitragem no Brasil, haja vista que uma de suas principais vantagens é a de permitir a definição do litígio sem dilações recursais.

Não há equação que elimine o risco de uma fundamentação deficiente no sistema jurídico. Mesmo quando cabíveis, os recursos poderão ser esgotados

57. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

58. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 114

59. ROCHA, Jorge Bheron, SILVA, Bruno Campos, SOUSA, Diego Crevelin de. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC*. Revista Eletrônica Empório do Direito, s.l., set. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas--o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos--silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>. Acesso em 04-01-2017.

60. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 329.

61. "Ora, fora das exceções do parágrafo único do art. 9º, CPC, toda decisão deve ser precedida do contraditório, inclusive na execução. Assim – e ainda que em menor extensão do que no processo/fase de conhecimento –, deve ser assegurada ao demandado a possibilidade de influir eficazmente no desenvolvimento e resultado da execução (p.ex. arguindo questões cognoscíveis de ofício, pleiteando a substituição de bem penhorado). De modo que o juiz só pode aplicar o art. 139, IV, CPC, após oportunizar a manifestação das partes, especialmente o executado, haja vista que a determinação de medidas executórias indutivas inominadas pode causar gravame de impossível mensuração prévia, potencializando o risco de empregar-se meio mais gravoso sem franquear ao executado a possibilidade de demonstrar isso ou mesmo de indicar outros meios menos onerosos (art. 805, parágrafo único, CPC). E aplicar o dispositivo sem antes ouvir o executado é proferir decisão surpresa, violando o art. 10, CPC. Lembre-se que uma das dimensões do contraditório substancial é justamente controlar o poder decisório do juiz, razão por que a sua fragilização abre caminho para o solipsismo (e o moralismo) judicial, o que não se compraz com o processo democrático." (ROCHA, Jorge Bheron, SILVA, Bruno Campos, SOUSA, Diego Crevelin de. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC*. Revista Eletrônica Empório do Direito, s.l., set. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator--shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de--sousa/>. Acesso em 04-01-2017).

62. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

63. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

64. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 328.

65. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 762.

até a última instância sem obter o êxito de reparar a irregularidade. Em termos probabilísticos isso só seria alcançável se existisse a possibilidade de reenvio recursal até a sanação do vício, o que não tem cabimento num sistema caracterizado por limitações.

A estipulação processual em análise de forma alguma importa em renúncia apriorística ao direito de obter decisões efetivamente fundamentadas; por ela subsiste o dever previsto no art. 93, IX, da CF/88.

Além disso, deve-se levar em conta que no contexto de direitos que admitem autocomposição o risco de fundamentação deficiente apresenta outros contornos. Faculdades, prerrogativas e direitos processuais são afastados com a disposição do próprio direito material estabelecida por conveniência das partes. Assim, a eventualidade de uma fundamentação deficiente é um risco assumido pelas partes que possuem a prerrogativa de dispor do direito material ao elegerem a cláusula de instância. Entre dispor do direito material imediatamente ou obter o seu reconhecimento mediante provimento jurisdicional advindo do esgotamento de todas as vias recursais, opta-se por um caminho intermediário: a definição por via de uma decisão de mérito de primeira instância.

Portanto, a cláusula de instância ou cláusula sem recurso é compatível com o processo civil constitucional e pode ser estabelecida nos termos do art. 190 do CPC.

9.2.4. *Técnica de descrição do montante controverso e do montante incontroverso*

O negócio jurídico processual é caracterizado por uma função mimética, pois abre à iniciativa das partes a possibilidade de incorporar e reproduzir técnicas eficazes previstas em diversos setores do ordenamento jurídico.

Tenha-se em conta a técnica de descrição do montante controverso e do montante incontroverso, estabelecida no CPC para (i) a petição inicial das ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens (art. 330, §2°), (ii) a impugnação à execução (art. 525, §§ 4° e 5°), (iii) a manifestação dos sócios e da sociedade na apuração de haveres (art. 604, §1°), (iv) os embargos à monitória (art. 702, §§ 2°, 3°, 7°), (v) os embargos à execução (art. 917, §§ 3° e 4°).

De acordo com esta técnica, a parte deverá minudenciar as obrigações contratuais que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito. O descumprimento deste dever resulta em consequências, de acordo com cada hipótese prevista no CPC. Assim, por exemplo, para o caso de ausência de especificação nos embargos à monitória, estes serão liminarmente rejeitados, se esse for o seu único fundamento, e, se houver outro fundamento, os embargos serão processados, mas o juiz deixará de examinar a alegação de excesso. Observados os deveres que decorrem da técnica em apreço, será constituído o título executivo judicial em relação à parcela incontroversa.

Percebe-se, portanto, que a técnica pugna pela apresentação de defesa séria e fundada e contorna mecanismos protelatórios que no sistema anterior objetivavam suspender por tempo indefinido a implementação do crédito.

Note-se, por outro lado, o cochilo do legislador ao deixar de especificar a mesma técnica para a contestação. Não obstante essa omissão, poderão as partes definir, mediante negócio jurídico processual, a obrigatoriedade da técnica de descrição do montante controverso e do montante incontroverso para as manifestações das partes, destacadamente a contestação.

Para a operabilidade da estipulação, as partes também poderão definir consequências ou sanções, como a presunção de correção do débito apresentado ou de levantamento de montante consignado incidentalmente, para a hipótese de ausência da quantificação devida ou de especificação de montante controvertido.

Embora não se confundam com essas sanções, nada impede que face a especificação sobrevenha julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356, I, CPC) ou seja concedida tutela de evidência (art. 311, I e IV, CPC).

9.2.5. *Retenção atípica*

Quem efetua "benfeitorias numa coisa, tem o direito de a reter até ser reembolsado das mesmas."[66] Essa é a garantia legal de retenção por benfeitorias prevista no art. 1.219 do Código Civil.

A retenção por benfeitorias não teria qualquer préstimo se não encontrasse uma medida processual correspondente. Dessa forma, o CPC consigna regras expressas a respeito (*e.g.*, art. 538, §§ 1° e 2°). Processualmente, a retenção tem por efeito assegurar a posse da coisa até a efetiva satisfação do crédito (*e.g.*, art. 810, CPC).

É possível que as partes convencionem a garantia atípica de retenção de determinado bem, a prevalecer mesmo quando não se trate de benfeitorias ou acessões. O negócio jurídico processual, nesses casos, será no sentido de garantir a retenção da coisa até o pagamento integral devido.

É fato que tal medida pode ser determinada pelo julgador com espeque no art. 139, IV do CPC. De toda forma, a estipulação nesses termos terá o condão de garantir o célere adimplemento. Ademais, a certeza que dela promana apresenta grande potencial de conduzir à autocomposição, por coibir comportamentos oportunistas.

Considere-se a hipótese de ação que objetiva a resolução de contrato de compra e venda de bem imóvel. A extinção do contrato, via resolução, conduz ao dever de devolver a posse da coisa para o vendedor. Se a sentença reconheceu ao adquirente o direito de reembolso das prestações expendidas em virtude do contrato, principalmente face à proibição da cláusula de decaimento (art.

66. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 242.

53, CDC), depara-se com o seguinte problema: o comprador devolve a posse do imóvel e fica apenas com o direito de crédito, sujeito a todas as conhecidas vicissitudes da execução. Essa situação pode ser contornada por meio do negócio jurídico processual que prevê a retenção atípica. No exemplo em tela, a estipulação de retenção atípica assegurará, no processo, a retenção do imóvel até o efetivo reembolso dos valores devidos ao adquirente, mesmo que não existam benfeitorias. Ou seja, a convenção processual consiste em técnica que implementa a garantia atípica estabelecida entre as partes.

9.2.6. Duty of disclosure e discovery

Segundo Barbosa Moreira, "característico do ordenamento processual anglo-saxônico é o mecanismo tradicionalmente conhecido como *discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que de ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário".[67]

Trata-se de uma medida antecedente (*pretrial*) que, para além do pedido de fornecimento de documentos (*duty of disclosure*), também permite a coleta de depoimentos e definições em torno dos trabalhos periciais.

Explica Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy que "a finalidade primária do procedimento de *discovery* é providenciar aos litigantes uma oportunidade de revisão de todas as portas pertinentes antes do julgamento."[68] Na medida em que "permite aos litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição"[69], nos Estados Unidos a *discovery* contribui para que "apenas alguns poucos casos chegam à fase do *trial*; a maioria termina com acordos firmados previamente."[70]

Para a realidade brasileira cabe o negócio jurídico processual com o escopo de implementar, no início do processo, o dever de franquear acesso à dados e documentos comuns. A cláusula de *discovery* poderá incorporar o procedimento previsto nos arts. 381 a 383 do CPC, a ser realizado antes da audiência preliminar do art. 334 do mesmo Diploma.

Note-se que nesse contexto o procedimento não se confunde com a exibição incidental de documento ou coisa (arts. 396 a 404, CPC), embora os dispositivos que tratam do tema possam ser aplicados subsidiariamente. Não se trata de expediente instrutório exatamente porque implementa o direito material das partes de obter documentos comuns. Também por esse motivo a disposição processual não incide sobre poderes instrutórios do juiz.

---

67. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. In:* Revista de Processo, Vol. 118, Nov - Dez 2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 75-88.
68. GODOY, *Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito processual civil nos Estados Unidos. In:* Revista de Processo, Vol. 127, Set 2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 107-116.
69. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. In:* Revista de Processo, Vol. 118, Nov-Dez 2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 75-88.
70. KERN, Christoph A. *O processo civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. In:* Revista de Processo, Vol. 227, Jan 2014. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 249-271.

Assim, para adaptar o instituto à possibilidade de negociação entre as partes é necessário restringi-lo aos documentos - "*discovery por disclosure*" – modalidade menos ampla do que a *discovery* clássica.[71]

Percebe-se, pois, que essa estipulação processual atende diretamente ao direito das partes e, ainda, consiste em fundamental mecanismo para "viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito", neste último caso alcançando o mesmo objetivo previsto no art. 381, II, do CPC.

9.2.7. Citação e intimação via cartório de títulos e documentos

A partir da abertura estabelecida pelo art. 269, §§1° e 2°, do CPC, como medida de celeridade e segurança cabe a definição de citação e intimação da parte contrária mediante cartórios de títulos e documentos.

A desfragmentação operada pelo art. 296, §§1° e 2° do CPC, com a autorização da participação das partes na prática do ato processual, na esteira do sistema do CPC atual (arts. 6°; 236; §3°; 246, I; 248, *caput*; 248, §1°; 248, §3°; 250; 260 a 268) leva a outros contornos a respeito dos meios de comunicação.

O regramento que se estende do art. 260 ao art. 268 do CPC, sob o Capítulo intitulado "Das Cartas" deve ser acolhido como repositório de regras gerais para qualquer ato de comunicação, com destaque para as regras de constituição documental segundo as finalidades do ato (art. 260, §1°), atendimento à facilidade das comunicações (art. 261, *caput*), cooperação e participação da parte interessada no ato processual para o cumprimento de prazos, em prol da celeridade (art. 261, §3°).

Considerando-se que os agentes das serventias cartoriais são dotados de fé pública (*vide*, *e.g.*, art. 3° da Lei 8.935/1994), a comunicação por eles promovida atende com maior segurança a inovação estabelecida pelo art. 269, §§1° e 2°, do CPC.

Essa mudança de enfoque vai além da intimação, repercutindo também sobre o ato de citação. Uma leitura sistemática do ordenamento permite compreender a possibilidade da realização da citação por meio de cartório de títulos e documentos, em substituição à citação pelo correio.

O CPC, assim, generaliza a abertura prevista no art. 58, IV, da Lei 8.245/1991 que há muito permitia a negociação entre as partes sobre meios de comunicação no processo. Com a nota diferencial, todavia, de que para a intimação o instrumento poderá ser constituído pela parte, mediante extração das peças necessárias, enquanto que no caso de citação cartorária o instrumento deverá ser confeccionado pela secretaria do juízo, aplicando-se a mesma regra para a citação por correio (art. 248, CPC).

---

71. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. In:* Revista de Processo, Vol. 118, Nov-Dez 2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 75-88.

Por negócio jurídico processual, portanto, poderá ser eleita a comunicação processual das partes (citação e intimação) via cartórios de títulos e documentos.

Esta providência pode parecer superada ou inútil, em razão da possibilidade de comunicação processual pela modalidade eletrônica (arts. 246, V; 270, CPC).

Ocorre que esta via ainda não foi efetivamente implementada segundo determina o novo CPC. Mas, ainda que o fosse, a comunicação processual por intermédio de cartórios de títulos e documentos persistiria como importante opção em busca da celeridade.

Basta considerar as hipóteses de intimação que, por expressa disposição legal, devem ser realizadas na modalidade pessoal (*e.g.*, arts. 303, II; 465, § 2.°, III; 485, §1°; 513, §2°, II; 513, §4°; 841, §2°; 842, CPC). Especificamente, considere-se a hipótese de citação em título executivo extrajudicial (art. 513, §2°, II, CPC), ou de intimação em cumprimento de sentença (art. 841, §2°, CPC), quando o executado não tiver procurador constituído nos autos. Nesses casos, a comunicação processual terá que ser pessoal, não cabendo a realizada por meio eletrônico.

A intimação pessoal pede cuidados quanto à certificação do receptor. Por isso, a realizada por cartórios de títulos e documentos garante plena segurança quanto à positivação completa dos dados da parte comunicada.

O art. 248, §4°, que permite a entrega do mandado de citação por correio para funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, na hipótese de condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, conquanto represente regra importante, está longe de superar as vantagens advindas da comunicação processual por cartórios de títulos e documentos.

Sabe-se que os agentes das serventias cartoriais são dotados de fé pública (art. 3° da Lei 8.935/1994), de sorte que as certidões por eles elaboradas gozam da presunção de verdade. Além disso, as certidões lançadas nos atos de interpelação promovidos por cartórios de títulos e documentos, ao contrário das limitadas informações apresentadas por um aviso de recebimento de carta (AR), são minuciosas.

Em termos de celeridade, as vantagens são evidentes. Na experiência cotidiana tem-se verificado que o simples ato de comunicação processual pode atrasar o andamento do processo por um ano ou até mais. O encaminhamento do instrumento por parte do cartório pode se apresentar mais rápido do que o envio pelo correio. E consideravelmente mais ágil do que os serviços prestados por oficiais de justiça, uma vez que são poucos os profissionais desta classe para atender à volumosa e crescente demanda. Para falar em termos práticos, por intermédio de cartório de títulos e documentos o promovente do ato de comunicação poderá concretizar o ato em breves dias, com alto grau de certeza, enquanto que por meio do correio o mesmo não pode ser assegurado.

Dessa forma, a comunicação processual por intermédio de cartórios de títulos e documentos se apresenta como relevante negócio jurídico processual que pode ser definido com suporte no art. 190 do CPC.

9.2.8. *Procedimento de depósito de bens na locação de imóvel urbano*

Questão que pode gerar graves empecilhos à razoável duração do processo nas ações de despejo diz respeito ao depósito de bens, entre móveis e utensílios, deixados pelo inquilino no imóvel locado, principalmente quando este se encontra em local desconhecido.

A Lei 8.245/1991, em seu art. 65, §1°, prevê que tais bens móveis serão entregues à guarda de depositário se não os quiser retirar o despejado. Em comentários ao dispositivo, Sílvio de Salvo Venosa defende que "não há mais referência a depositário público, inexistente ao menos no Estado de São Paulo."[72]

Percebe-se, pois, que o recurso ao depósito público pode somar ao processo consideráveis meses a título de "tempos mortos".

Não socorre a homologação do penhor legal (arts. 703 a 706, CPC; arts. 1.467 a 1.472, CC), em virtude da extenuante tarefa de especificar a relação dos objetos retidos com a respectiva tabela dos preços (art. 703, §1°, CPC) e também em razão do burocrático procedimento paralelo definido na lei.

Márcio Lamonica Bovino sustenta que os bens deixados no imóvel poderão "ser destinados à caridade, caso não venham a ser retirados em prazo razoável a ser fixado pelo juiz da causa"[73], medida essa que não outorga segurança ao locador quanto à isenção de responsabilização posterior, mormente se não houver qualquer disposição contratual a respeito.

Para contornar problemas da espécie, poderão as partes prever negócio jurídico processual designando terceira pessoa como depositária para hipóteses tais. O encargo poderá recair até mesmo sobre o fiador, que cumulará obrigações.

O procedimento para a concretização do depósito poderá ser definido por várias formas, a exemplo da intimação do terceiro para acompanhar a confecção, *in loco*, da lista de bens, presumindo-se fiel aquela apresentada pelo locador na hipótese de não comparecimento do depositário contratual no dia e hora consignados na comunicação processual.

A estipulação processual também poderá definir a remoção dos bens para local a critério do autor da ação de despejo se houver inércia do terceiro depositário. Por fim, é possível a convenção da venda dos bens por iniciativa par-

---

72. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática.* São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 302.

73. BOVINO, Márcio Lamonica. *In:* SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio; PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017, p. 407.

ticular (arts. 879, I; 881, *in fine*, CPC) com a consignação incidental do valor auferido.

9.2.9. *Técnica de venda antecipada de bem dado em garantia*

Por garantia atípica (art. 425, CC) as partes poderão vincular qualquer bem ao contrato. Dessa forma, tem cabimento a definição de negócio jurídico processual para autorizar técnica da venda antecipada *initio litis* do bem dado em garantia.

Um dos principais objetivos da técnica de venda antecipada é o de assegurar liquidez imediata e evitar a deterioração do bem. De forma alguma a venda antecipada significa autorizar o pacto comissório. Isso porque, vendido o bem, o valor correspondente ficará atrelado aos autos, depositado em conta específica a salvo do corrosivo índice de depreciação, neste caso de acordo com a técnica da consignação incidental, que também é estipulação processual.

Em reforço à alienação antecipada é recomendável a definição da mora *ex re*, da cláusula resolutiva expressa, do vencimento antecipado das prestações vincendas ou da consolidação automática da propriedade em favor do credor.

Essa medida contorna objeções meramente oportunistas, uma vez que o contraditório se desenvolve enquanto depositado o valor correspondente ao bem, com registro nos autos. Note-se o potencial impacto dessa técnica no sentido de inibir defesas infundadas e protelatórias. Sabendo que o bem será vendido *initio litis*, e que ao final somente receberá os valores aquele que tiver razão, o devedor não vislumbrará qualquer estímulo em retardar o provimento jurisdicional final. Evita-se, pois, que o tempo do processo seja utilizado como fator de barganha.

9.2.10. *Averbação de restrição ou indisponibilidade convencional sobre direitos registrados*

A Lei 13.097/2015 permite, em seu art. 54, III, a averbação para que se faça constar restrição ou indisponibilidade convencional sobre direitos registrados.

Cuida-se de uma exceção ao princípio da tipicidade, segundo o qual são registráveis ou averbáveis "apenas títulos previstos em lei."[74]

Em outra dicção, estabelecida a convenção entre as partes, fica autorizado o registro de processos ajuizados sobre direitos registrados, mesmo que não se tenha em causa um direito real ou ainda que não exista uma permissão legal de tipicidade cerrada.

74. RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 128.

Está-se diante da denominada "publicidade notícia", que segundo Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho tem por escopo "informar determinados fatos e atos para conhecimento da sociedade."[75]

O dispositivo em tela permite a averbação pela simples existência de convenção neste sentido, não importando se há perigo de dano ou probabilidade do direito. Portanto, mediante negócio jurídico processual poderá ser definida a prerrogativa de averbação da informação de distribuição de processo no fólio real onde se encontram registrados bens das partes.

De acordo com o autorregramento da vontade a estipulação processual também poderá definir a indisponibilidade do bem em face do qual se operou a averbação. O processo que se pretende noticiar pela averbação não necessariamente precisa ser de execução; cabe mesmo em se tratando de ação sob o procedimento comum e independentemente do seu objeto.

O que se percebe, pois, é que por convenção as partes poderão definir a averbação que informa a existência de processo com amplitude maior do que se verifica na averbação premonitória e para as outras hipóteses previstas no art. 792 do CPC.

Dessa forma, deduzida a estipulação processual nos autos, o julgador determinará a averbação perante o registro imobiliário para informar a existência do processo entre as partes, com a especificação de seus dados essenciais.

10. CONCLUSÕES

O presente estudo prestou-se a avaliar a casuística dos negócios jurídicos processuais, tendo-se em vista a cláusula geral do art. 190 do CPC que, em regime de atipicidade e consoante a denominada lógica modular, permite uma verdadeira "caixa de ferramentas" para a construção, por iniciativa das partes, de normas que versem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Antes da abordagem concreta, foram avaliados alguns traços fundamentais que permitem apreender com mais propriedade o que é, como funciona e para que servem os negócios jurídicos processuais.

Na sequência, foram arroladas as propostas do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC sobre negócios jurídicos processuais concretos, bem como avaliados com mais vagar dez propostas de pactos de procedimento para consideração do defensor público em suas atividades diárias. Especificamente, foram abordados negócios jurídicos processuais que versam sobre: (1) módulos procedimentais e espraiamento sentencial; (2) definição de julgamento por equidade; (3) cláusula de instância; (4) técnica de descrição do montante controverso e do montante incontroverso; (5) retenção atípica; (6) dever de *dis-*

75. SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Os fins, os efeitos e os tipos de publicidade no registro imobiliário*. *In*: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Imobiliário – escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p. 570.

closure e *discovery*; (7) citação e intimação via cartório de títulos e documentos; (8) procedimento de depósito de bens na locação de imóvel urbano; (9) técnica de venda antecipada de bem dado em garantia; (10) averbação de restrição ou indisponibilidade convencional sobre direitos registrados.

Uma vez que permite a criação de técnicas processuais adequadas e efetivas para a arquitetura contratual e a implementação de direitos, o negócio jurídico processual surge como novo instrumental que necessariamente deverá ser estudado com foco teórico e pragmático.

Um vasto campo de estudos e de trabalhos se estende aos profissionais que atuam na área jurídica[76].

O art. 190 do CPC/2015 aponta para a responsabilidade dos operadores do Sistema de Justiça no que diz respeito à concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, que a partir de agora possuem decisiva participação no estabelecimento de técnicas processuais idôneas.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *As convenções processuais na experiência francesa e o no Novo CPC. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da "contratualização" do processo. In*: Revista de Processo, Vol. 193, mar 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a Busca da Verdadeira Especialidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDREWS, Neil. *Global perspectives on commercial arbitration (Parte 2). In:* Revista de Processo, vol. 202, Dez 2011. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 293-337.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato.* Coimbra: Ed. Almedina, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos interesses individuais – para além da proteção dos interesses individuais homogêneos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, vol. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. *Negócios jurídicos materiais e processuais - existência, validade e eficácia - campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos

76. "As a consequence, today's 'Civil Procedure' classes need not only to understand rules focused on adjudication but also the rights and obligations of those who agree to settle cases. Further, both rules of process and courses about process need to address how court-based conciliation affects the role of the judge, the rights of the parties, and the functioning of courts. (...) scholars and teachers of Procedure need to focus on both Due Process and Contract Procedure in their work and courses." (RESNIK, Judith. *Procedure as Contract.* Yale Law School. Faculty Scholarship Series, 2005, Paper 758. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/758>. Acesso em: 03 jun. 2015.)

negócios jurídicos processuais. In: Revista de Processo, vol. 244, Jun 2015. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 393–423.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.* São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem.* São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

BOVINO, Márcio Lamonica. *In:* SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio; PERES, Tatiana Bonatti (Org.). *Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CADIET, Loïc. *La qualification juridique des accords processuels. In:* DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios Processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

COOK, Roy T. *A Dictionary of Philosophical Logic.* Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *In:* ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios processuais no Processo Civil Brasileiro. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. In: STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, DA CUNHA, Leonardo Carneiro (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direitos Fundamentais e o Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In:* MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

FRANKBERG, Günter. *A gramática da constituição e do direito.* Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

GHILARDI, Silvio; SEBASTIANI, Roberto. *Frontiers of Combining Systems.* Berlin: Ed. Springer-Verlag, 2009.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GODOY, *Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito processual civil nos Estados Unidos. In*: Revista de Processo, Vol. 127, Set 2005. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 107 – 116.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *Da especialidade do procedimento das execuções fundadas em título extrajudicial: primeiras notas de uma teoria semiótica dos procedimentos especiais. In*: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Lualri Editora. No prelo.

HOGG, Martin. *Promisses and Contract Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

KERN, Christoph A. *O processo civil dos EUA e da Alemanha numa análise comparativa. In:* Revista de Processo, Vol. 227, Jan 2014. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 249–271.

KERN, Christoph A. *Procedural contracts in Germany. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions: 50th Anniversary Edition.* Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das Obrigações.* Coimbra: Almedina, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In*: GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A revolução processual inglesa. In:* Revista de Processo, Vol. 118, Nov. - Dez 2004. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 75 – 88.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios processuais: necessidade de rompimento com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In*: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios Processuais. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

RESNIK, Judith. *Procedure as Contract.* Yale Law School. Faculty Scholarship Series, 2005, Paper 758. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/758>. Acesso em: 03 jun. 2015.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato - as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual.* Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

RICCI, Edoardo Flavio. *O contraditório na arbitragem de equidade. In*: Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Jorge Bheron, SILVA, Bruno Campos, SOUSA, Diego Crevelin de. *Medidas indutivas inominadas: o cuidado com o fator Shylokiano do art. 139, IV, CPC.* Revista Eletrônica Empório do Direito, s.l., set. 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/medidas-indutivas-inominadas-o-cuidado-com-o-fator-shylokiano-do-art-139-iv-cpc-por-jorge-bheron-rocha-bruno-campos-silva-e-diego-crevelin-de-sousa/>. Acesso em 04-01-2017.

RODRIGUES, Marcelo. *Tratado de registros públicos e direito notarial.* São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

SACHS, Klaus; NIEDERMAIER, Tilman. *Overriding mandatory provisions before arbitral tribunals - some observatios. In*: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 34, Jul - Set 2013. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 159-179,

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. *Os fins, os efeitos e os tipos de publicidade no registro imobiliário. In*: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Imobiliário – escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz, DELFINO, Lúcio. *Novo CPC e decisão por equidade: a canibalização do Direito.* Revista eletrônica Consultor Jurídico, s.l., dez. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/cpc-decisao-equidade-canabalizacao-direito>. Acesso em: 04-01-2017.

STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle. *Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbitrio?* Revista eletrônica Consultor Jurídico. S.l, 25-08-2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – doutrina e prática.* São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

NULIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS PRÁTICOS NA ATUAÇÃO DEFENSORIAL

Alfredo Emanuel Farias de Oliveira
Roger Vieira Feichas

1. INTRODUÇÃO

A teoria geral do processo sempre considerou a abordagem das nulidades tema de grande relevância, mas também de grande dificuldade e complexidade. Não é por menos que Gonçalves (1993, p. 9), na vigência do Código de Processo Civil de 1973, explicitava as pertinentes ponderações de Aragão "um dos mais árduos capítulos do Código", e de Tornaghi tratamento "pobre e infeliz", na tentativa de esclarecer que a situação das nulidades no direito processual civil dependia e ainda depende da célebre distinção entre vício e sanção, condição fundamental para o bom entendimento do tema. Nulidade é sanção, é consequência do defeito, do vício do ato processual.

Considerando a importante distinção, aplicável também ao Novo Código de Processo Civil, e em relação ao qual não houve alterações substanciais no tratamento do tema, muito pouco ou quase nada foi modificado. Basicamente, houve a repetição dos artigos já presentes no Código de Processo Civil anterior. Porém, ainda que o legislador tenha preservado a redação das normas jurídicas, a interpretação que deve ser levada adiante impõe o dever de atualização de sentidos, como bem ensina Gadamer (1999, p. 457). É que o horizonte hermenêutico em questão é bem diverso e se contextualiza ou atualiza com a mudança paradigmática realizada pelo Novo Código de Processo Civil. Assim, a visita ao tema das nulidades processuais pressupõe os conhecimentos hauridos no passado, mas projeta o olhar para o futuro que deve ser construído pela jurisprudência, com destaque para os novos elementos ou fundamentos do Novo Código de Processo Civil, embasados na sistemática da coparticipação e cooperação processual.

Nesse contexto, é possível trazer à abordagem do tema a teoria dos sistemas de Luhmann (2010), em que o direito pode ser então entendido como composto por um conjunto de expectativas de expectativas, na medida em que se apresenta como um sistema complexo, dotado de várias possibilidades, tantas que o próprio sistema seleciona alguma delas para manter sua operação, diz Kunzler (2004, p. 01). Esse caminho, previamente, determinado pelo próprio sistema, não pode ser desconsiderado e deve ser seguido sob pena da outra via eleita pelo intérprete ser desconsiderada pelo próprio sistema, que impõe como sanção a invalidade do ato praticado. É que para manter a expectativa de expectativas o sistema necessita reafirmar, internamente, a possibilidade prevista e via alternativa, indevidamente, escolhida precisa ser excluída, sob pena que colocar a própria existência do sistema em xeque. Ocorre que a visão contemporânea inaugurada pelo Novo Código de Processo Civil impôs mecanismos ou comandos de ampliação e convalidação de atos processuais, em nítida opção pelo seu aproveitamento, ainda que em desconformidade formal para com o texto da lei. Esse novo paradigma engloba os mecanismos de aproveitamento já existentes, como por exemplo: o princípio da instrumentalidade das formas e *pas de nullité sans grief*. Nesse sentido, é flagrante o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao impor a necessidade de comprovação do prejuízo como elemento indispensável e objetivo para decretação da nulidade. Em voto proferido, Luis Felipe Salomão (2007) esclarece: "As regras alusivas às nulidades processuais são muito mais voltadas à convalidação e ao afastamento das nulidades do que à sua decretação, tendo em vista a função basilar do processo, como instrumento de aplicação do direito material".

Com a mesma visão anteriormente apresentada, Araújo (2017) afirma: "Na linha dos precedentes do STJ, não deve ser declarada nulidade processual se não houver demonstração de prejuízo às partes (*pas de nullité sans grief*)" (AgInt nos EDcl no AREsp 931446 / MG AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0125749-9 Ministro RAUL ARAÚJO (1143DJe 01/02/2017). Para Herman Benjamin (2009), ainda na vigência do Código de Processo Civil anterior; "somente deve ser anulado o processo quando evidenciado sacrifício aos fins da Justiça" (REsp 908.340/CE, Segunda Turma, Relator o Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 21.8.2009).

Nesse paradigma de máximo aproveitamento de atos processuais referendado pelos tribunais, torna-se necessária a objetiva comprovação de que o reconhecimento da nulidade resultaria em um deslinde diverso do caso em exame. Em outras palavras, os tribunais impõem a clara demonstração de que o vício incidente seria capaz de ocasionar julgamento diverso daquele que efetivamente ocorrera. Observe-se pelo excerto extraído de julgado do Superior Tribunal de Justiça (Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2016):

> [...] Nesse contexto, a recorrente não indica, objetivamente, qual o prejuízo adveio da sua não intimação da data da sessão do julgamento do recurso de apelação. A alegação da ocorrência de vício ou desvio da possibilidade normativa prevista em lei, ainda que seja de uma prerrogativa institucional como a intimação pessoal do defensor público, não tem sido suficiente para acarretar a ilação de que o desfecho do caso poder ser outro diverso daquele configurado no caso em exame. Continua, 'Apenas assinala que, em tese, caso o Defensor tivesse sido intimado para a sessão de julgamento as considerações que faria por meio de sustentação oral poderiam influenciar os julgadores e alterar o resultado do recurso. (e-STJ Fl. 427). (AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 479.301 – SP (2014/0038834-2) O Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator) 26/08/2016).

Apesar da novidade do Código de Processo Civil, verifica-se, ainda, a tendência observada anteriormente, que até mesmo se reforça como medida de economia processual e agilidade na prestação jurisdicional. Tais pilares não podem ser desconsiderados, pelo que a própria Defensoria Pública deverá nesse ponto observar, já que até mesmo prerrogativas institucionais, por mais importantes e imprescindíveis, não podem ocasionar a simples repetição de atos processuais, sem que o requisito da comprovação do prejuízo objetivo, no sentido de influenciar na alteração do julgamento ou de qualquer decisão, esteja comprovado. Isso porque não é possível a interpretação das nulidades de forma isolada ou limitada ao título III, nos seus oito artigos (art. 276 ao art. 283 do Novo Código de Processo Civil). Pelo contrário, é admissível a imposição da visão sistêmica, que leva em consideração, a partir dos deveres gerais decorrentes do novo modelo processual coparticipativo/cooperativo que permeia e influencia diversos contextos ou possibilidades normativas do Novo Código de Processo Civil, de que o todo, o sistema, bem como o resultado célere dele decorrente é mais importante que as partes que o compõem.

De modo mais específico, espera-se que o artigo 10 do Novo Código de Processo Civil (NCPC), pedra angular do contraditório prévio na medida em que impõe um constante dever de consulta aos protagonistas do processo, funcione como limite à atuação do juiz, pois impõe o dever de participação das partes em respeito ao próprio contraditório. Nesse mesmo sentido, de sistematização da interpretação, é perceptível a necessidade do diálogo constante com a Constituição da República de 1988, com foco para o artigo 5°, inciso LV, qual seja o contraditório e a ampla defesa, o que faz encaixar, aqui, a teoria dos sistemas de Luhmann (2010), mais uma vez. Já que na busca por possibilidades, expectativas de expectativas, mas que tem como referência mais o conteúdo principiológico, o resultado célere e a solução da controvérsia, o funcionamento do sistema como um todo e a efetiva possibilidade da produção de resultado válido de comunicação. Todavia, o aproveitamento dos atos processuais deve manter e preservar a integridade do sistema, em estrita preservação dos pilares erigidos na própria Constituição da República de 1988, especialmente, o contraditório e a ampla defesa. E por isso, não podem prevalecer modalidades de possibilidades que representem redução ou ausência de participação da defensoria pública nos atos processuais. É que situações jurídicas desse jaez já representam em si, e de modo efetivo, a possibilidade de ameaça ao resultado prático do

processo, pois daria ensejo a decisões produzidas em franca desconformidade com os meandros ditados pela própria Constituição e que podem representar de maneira concreta e efetiva resultados prejudiciais às partes envolvidas. Essa constatação encontra fundamento no disposto no artigo 283, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil. Aí se encontra o dispositivo normativo que serve de limite à diretriz do pleno aproveitamento dos atos processuais, pois, ainda que eivados de vícios, alcancem os objetivos. Essa limitação é dada pela presença do efetivo e demonstrável prejuízo, especialmente, o da defesa. E não poderia ser diferente em respeito ao próprio conteúdo principiológico decorrente da Constituição: o contraditório e a ampla defesa. E do sistema do Novo Código de processo civil considerado como um todo. Logo, as prerrogativas institucionais, nesse novo contexto, não podem ser interpretadas e aplicadas sem efetivo revolvimento da matéria fático-probatória e em franca demonstração do prejuízo que se desvela na indicação do resultado ou julgamento diverso daquele alcançado. Ainda que criticável, esse panorama que fragiliza prerrogativas institucionais representa novas perspectivas hermenêuticas, decorrente de horizontes que proclamam a visão sistemática calcada na ideia da celeridade processual e máximo aproveitamento de atos processuais. Daí o porquê de exigir uma maior acuidade no uso da contestação por negativa geral levada da atuação atípica para a típica inserta no parágrafo único do art. 341, do Novo Código de Processo Civil, que dispensa a impugnação específica.

Tal previsão, cunhada de "presente de grego" (SILVA, 2015) aos Defensores Públicos, somente pode ser entendida como válida nos casos em que desempenha papel defensivo atípico em favor das partes ausentes, na forma do art. 72, II, Novo Código de Processo Civil. Isto é, da Curadoria Especial ou em circunstância de ação possessória multitudinária, prevista no art. 554, parágrafo 1°, já que haveria uma dificuldade natural do Defensor Público[1] em gerenciar informações de todos os hipossuficientes envolvidos.

Fora destes meandros, adotando-se o uso de tal preceptivo, dificilmente se poderá valer de eventual arguição de prejuízo, já que despida a dialeticidade específica e haver, naturalmente, uma consequente *inversão probandi* em desfavor do contestante em comprovar a inexistência dos fatos constitutivos.

A doutrina de Elpídio Donizetti menciona que:

> [...] quanto à Defensoria Pública, a justificativa da comissão do Senado para a sua inserção no rol daqueles que não se submetem ao referido ônus envolve as dificuldades processuais pelas quais passam as pessoas menos afortunadas, que geralmente buscam o patrocínio da defensoria pública perto do prazo final da contestação. Além disso, a estrutura da maioria das defensorias públicas no país ainda não é capaz de suportar a enxurrada de demandas que envolvem os mais necessitados. (DONIZETTI, 2015, p. 279)

1. Frise-se, *an-passant*, que na segunda hipótese mencionada supra, caso as pessoas em situação de hipossuficiência detenham advogados constituídos, ainda sim a Defensoria Pública poderá fazer uso de tal regra, porquanto vem atuar não como representante judicial da parte, mas sim como interveniente na tutela de interesses de necessitados, o que vem sendo cognominando de atuação na qualidade de *custus vulnerabilis*.

Fora deste contexto, inegável que tal preceptivo atrai uma inconstitucionalidade por diversos parâmetros (mormente a isonomia), afora o controle de convencionalidade. O legislador tentou criar uma presunção legal de dificuldade em qualquer caso, a qual não poderia ser genérica, mas para situações específicas, tal como mencionadas acima. E nem se cogite do uso analógico do desarrazoado art. 279, §2°, no sentido de caber ao defensor público aquilatar sobre a existência do prejuízo ou não, da mesma maneira como ventilado em prol do ministério público, por não ser possível a terceirização da jurisdição, ou seja, deve o órgão tão-somente opinar a respeito, assim como cumpre às partes manifestarem-se igualmente ao assunto, já que quem decide é o Juiz, ante o princípio da reserva de jurisdição.

Assim, o seu uso deve se dar da forma necessária e justificada frente à complexidade da causa sob o aspecto subjetivo (partes) e objetivo (direito material em debate), além da realidade da estrutura a que o órgão de execução esteja sujeito, já que qualquer possibilidade que não dê sustentáculo a atuação processual, desfalcará arguição ocasional de nulidade eventualmente existente, por ausência de prejuízo.

E de forma reeditada, o art. 278 do Novo Código de Processo Civil traz a tese cunhada pelo Superior Tribunal de Justiça de *nulidade algibeira*, segunda a qual "A estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada pelo c. Superior Tribunal de Justiça, tendo recebido a denominação de 'nulidade de algibeira' [...]" (Ministro Luis Felipe Salomão, 2016) (AgRg no AREsp 849.405/MG, Quarta Turma, julgado em 5/4/2016).

Em decisão com a qual não coadunamos, contida no HC n. 105.041, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal tese ao afiançar que o *habeas corpus* impetrado pela defensoria pública, cujo pedido consistia na declaração de nulidade de julgamento de apelação criminal interposta no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não implicaria em cerceamento de defesa.

A *ratio* decorreu da ausência de intimação prévia da defensoria pública do julgamento do recurso, já que, a despeito de tratar-se de nulidade absoluta, a arguição seria tardia, em afronta a um padrão objetivo de comportamento processual, que reclamaria das partes diligência na sinalização para os vícios do processo já percebidos e prontamente alegáveis.

Conquanto calcada tal tese sobre o precedente, denota-se, no entanto, que em se tratando de Defensoria Pública, mister, sim, a intimação pessoal para acompanhamento da sessão de julgamento, de forma a não se compreender o *decisum* (PAIVA, 2016).

Se o contraditório violado restou alegado *a posteori*, mas no primeiro momento cabível, isto é, na interposição do HC 105.041 no STF diante da não ciência da sessão de julgamento, inegável sê-lo o momento cabível.

O que essa prática suscita é a possibilidade de se guardarem nulidades para serem arguidas, o que resulta em um não respeito à lealdade processual, razão

pela qual se exige do Defensor Público, não em razão do julgado mencionado, mas diante de qualquer hipótese decisória, arguir a violação no primeiro momento possível, preferencialmente via embargos de declaração. Caso haja demora no julgamento, esta inação não pode ser imputada à parte.

Percebe-se que a *"nulidade de algibeira"* ou *"nulidade de bolso"* condensa numa só expressão a regra de que não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief* – art. 278). O não atendimento à forma processual não implica necessariamente uma sanção de invalidade. É preciso comprovar o prejuízo de quem alega a nulidade e, ainda assim, sua boa-fé objetiva (art. 5). Daí o reforço à ideia de que o processo é instrumento e não é um fim em si próprio.

Registre-se, também, que há necessidade de se arguir a nulidade não só no primeiro momento, mas também que seja efetivado, se o caso, prequestionamento, porquanto segundo a doutrina, entende-se que seu conhecimento (arguição de nulidade) somente é permitido nas instâncias ordinárias, o que parece ter pedido relevo diante do art. 1034, do parágrafo único.

De outro lado, ponto de extrema importância trazida pelo novo *codex* é confluência entre o sistema de nulidade do direito material e processual, por haver a possibilidade do uso do negócio jurídico processual insculpido no art. 190.

Afinal, o ato processual é uma espécie de ato jurídico, sendo que a lei estabelece determinada forma (processual) e conteúdo (direito material) para a sua prática, cuja inobservância pode levar a inúmeros vícios.

Pelo fato de a defensoria pública estar volvida ao atendimento de diversos grupos vulneráveis, mister que haja um controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade do negócio jurídico processual.

Sendo travado de forma extraprocessual, há, inclusive, uma presunção de vulnerabilidade, segundo o enunciado n. 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Exorbitam-se, assim, eventuais vícios além do crivo processual, calhando a depender da situação nos vícios da vontade e sociais.

Daí a certeza do diálogo dos sistemas de nulidade de forma renovada e aberta. Se o art. 966, §4º permite a hostilização de atos judiciais homologatórios, é inegável o diálogo dos sistemas de nulidades, de tal forma a poder ser arguido, também, quando a convenção preexistir a ação ou a ela for inserta e exigida.

Um exemplo clássico é o do foro de eleição existente em contrato de adesão, bastando-se ver o art. 63, §3º, que sinaliza este reconhecimento de ofício, superando, por conseguinte, a súmula n. 33, do Superior Tribunal de Justiça nesta situação subjacente, já que noutras o julgador deve se ater ao disposto no §5º, do art. 337.

A nulidade, portanto, de negócio jurídico ainda não utilizado judicialmente, pode buscar ser reconhecida via ação anulatória, seguindo a lógica do sistema de nulidade do direito material.

Caso seja aparelhada ação judicial calcada no negócio jurídico, aí sim por ocasião da defesa, pode ser utilizada arguição da nulidade do sistema processual e de direito material, o que fica nítido no presente julgamento:

> *[...] Em tema de nulidade no processo civil, o princípio fundamental que norteia o sistema preconiza que para o reconhecimento da nulidade do ato processual é necessário que se demonstre, de modo objetivo, os prejuízos conseqüentes, com influência no direito material e reflexo na decisão da causa. [...] (Ministro Vicente Leal, 1999, p. 138) (REsp 63.393/MG, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 14/12/1998, DJ 22/02/1999, p. 138).*

Em ambas as hipóteses, oportunizado o contraditório, o julgador deverá se guiar pelo princípio da instrumentalidade das formas, além da necessidade da comprovação de prejuízo. Agregue-se, além disso, a avaliação no caso concreto se a avença comporta a aplicação da substanciação do negócio jurídico contida no art. 170, do Código Civil, justamente visando o aproveitamento de negócios jurídicos nulos ou anuláveis.

De suma importância no cotidiano forense, destacamos que o NCPC continua expressando a ideia de que a ineficácia gerada pela decretação de uma nulidade incide sobre os demais atos processuais subsequentes. Portanto, verificada a existência de vício do ato, não somente este perde seus efeitos, mas também o perderão todos os atos subsequentes que dele forem dependentes.

Este é um tema que exige uma leitura sob a temática segurança jurídica e celeridade processual, já que ao mesmo tempo em que se permite o descumprimento da forma, desde que, no entanto, o fim proposto tenha sido atingido (instrumentalidade das formas), de outro lado sempre deve ser relembrado a celeridade processual e economicidade esperada.

Assim, como se desprende da segunda parte do artigo 281, os atos independentes ao ato viciado não perderão seus efeitos, devendo ser preservados os atos que não foram contaminados pelo vício do ato anterior, incidindo o princípio do aproveitamento dos atos processuais.

O descrito no artigo 281 é um princípio conhecido como concatenação.

Uma vez reconhecida a nulidade, o juiz deve indicar os atos que serão privados de efeitos e que sejam repetidos ou retificados, incluindo quais providências serão necessárias para tal retificação.

Um exemplo clássico é o do vício ocorrido nas audiências de instrução e julgamento, que implique em cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunhas arroladas. Caso pela via recursal se reconheça a nulidade, não se pode dizer que o depoimento pessoal colhido seja nulo, já que inexiste incompatibilidade entre a anulação da AIJ e da prova produzida (depoimento).

A propósito, sob a perspectiva do Código de Processo Civil (CPC) revogado: "PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE. EFEITOS. ART. 248 DO CPC.- Nos termos do art. 248 do CPC, o reconhecimento da nulidade alcança os atos subsequentes que forem incompatíveis com essa declaração.- Recurso provido." (Ministro Felix Fischer, 2000, p. 169). (REsp 233.100/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 169)

Sobre o tema o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou alguns enunciados interessantes:

"276 – Os atos anteriores ao ato defeituoso não são atingidos pela pronúncia de invalidade."

"277 – Para fins de invalidade, o reconhecimento de que um ato subsequente é dependente de um ato defeituoso deve ser objeto de fundamentação específica à lua de circunstância concretas."

"278 – O CPC adota como princípio a sanabilidade dos atos processuais defeituosos."

"279 – Para os fins de alegar e demonstrar prejuízo, não basta a afirmação de tratar-se de violação a norma constitucional."

No artigo 283, também é encontrado o princípio do aproveitamento processual. Porém este artigo está ligado à nulidade de forma, devendo ser preservados aqueles atos que possam ser aproveitados. Este aproveitamento está ligado a uma condição: a de que somente poderá haver o aproveitamento dos atos, se o mesmo não der prejuízo para qualquer das partes.

Embora a utilização do termo 'prejuízo de defesa', ele deve ser entendido como prejuízo processual, que é aquele que ocorre quando às partes são subtraídas oportunidades de alegar e provar o direito que afirmam ter.

Portanto, mister diferenciar no caso concreto se a invalidade é do procedimento, que implica na ausência de pressupostos processuais, nas condições da ação ou de alguns atos do procedimento, cujos requisitos de validade devem ser analisados particularmente.

É necessário destacar, também, que a invalidade dos atos praticados pelo juiz somente pode se dar por meio da interposição de recurso e, após o desfecho do processo (trânsito em julgado) será realizada através da ação rescisória.

No direito processual civil brasileiro existem somente duas hipóteses em que uma decisão judicial pode ser invalidada após o prazo de ação rescisória, o que se antevê dos art. 525, §1° e art. 535, I, todos do Novo Código de Processo Civil.

A outra hipótese para a invalidação de uma sentença judicial ocorre em relação aos atos das partes. A acuidade que se deve ter nesta situação é a de que só poderão ser invalidados, apenas quando não houver coisa julgada material e, caso verse sobre decisão homologatória, cabível ser a ação anulatória prevista no art. 966, §4° do Novo Código de Processo Civil.

Em relação às espécies de invalidade processuais existentes, estas podem ter diversos desencadeadores como motivos. É devido a este fato que o regime jurídico da invalidação também é passível de variação, sendo este dependente de regra de direito positivo.

Assim, a nulidade consiste num defeito do ato, o qual pode ser intrínseco, ou seja, nulidade no próprio ato, ou extrínseco, quando se tratar de vício ocorrido antes do ato ser praticado, mas que contaminou todos os atos subsequentes.

As invalidades processuais podem ser classificadas de acordo com a sua gravidade. No caso, existem três tipos: a irregularidade, que a rigor nem chega

a ser considerada uma invalidade; a nulidade relativa, menos gravosa; e nulidade absoluta, que é mais gravosa.

A irregularidade é caracterizada como o defeito processual incapaz de gerar prejuízo às partes ou terceiros, tampouco à jurisdição, *v.g.*, a enumeração das páginas dos autos encontra-se equivocada.

A nulidade relativa emana de ofensa a uma norma dispositiva, isto é, ela se origina da afronta a uma norma que tutela um interesse disponível da parte.

Tal nulidade depende de arguição da parte interessada, não sendo possível a sua decretação *ex officio*, razão pela qual deve ser observado o prazo para o ato que pode variar, caso seja genérico (art. 218, §3° do Novo Código de Processo Civil) ou específico, *v.g.* da exceção de incompetência relativa que doravante incorporou o corpo da contestação com preliminar (art. 337, II do Novo Código de Processo Civil).

Insta destacar que o novel diploma também inova, quando no que tange a incompetência absoluta e relativa e os consectários do seu reconhecimento sob o prisma da nulidade, já que agora, a decisão proferida por Juiz incompetente, ainda que de forma absoluta, pode, salvo decisão contrária, ser conservada, ex-vi-legis do art. 64, §4°, Novo Código de Processo Civil o que merece ser enaltecido por combater a morosidade processual e prestigiar a efetividade do processo

Se no prazo e forma previstos para a arguição da nulidade do ato eivado de vício a parte não o fizer, o ato é convalidado, ou seja, a lei lhe atribui retroativamente seu valor.

Nesta modalidade de invalidade, a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278).

A nulidade absoluta decorre da violação de norma cogente, que tutela interesse indisponível da parte ou do próprio Estado-Jurisdição. Esta nulidade deve ser decretada de ofício pelo juiz e a qualquer tempo, observado, como afiançado supra o contraditório, a comprovação do prejuízo e, caso necessário, o prequestionamento (sendo que este pode ser mitigado a depender do caso). Para este tipo de nulidade não se aplica o caput do art. 278, mas o seu parágrafo único.

Assim, embora decorra a noção de que o ato eivado de vício que acaba por acarretar na nulidade absoluta não pode ser consertado, tendo, obrigatoriamente, que outro ato ser praticado, é algo que se relativiza, bastando-se ver a possibilidade de manutenção da tutela provisória concedida por juiz incompetente.

Por fim, é necessário diferenciar a nulidade absoluta da inexistência jurídica, pois, sobre a segunda hipótese não há como dizer que houve o trânsito em julgado da sentença e a coisa julgada.

O ato é considerado inexistente quando faltam seus elementos constitutivos, não estando presentes sequer os elementos nucleares para a sua configuração, bem como, sua identidade ou fisionomia particular não é configurada.

É o caso da sentença expedida por quem não é juiz, ou a sentença que não tenha a parte dispositiva, ou mesmo a proferida por juiz desprovido de jurisdição.

Assim, conclui-se que a inexistência jurídica nunca se convalida, nem mesmo com o suposto - trânsito em julgado. Afinal, se o ato nunca existiu, como poderá ter transitado em julgado.

O que se espera, pois, é que a análise do ato processual sob a perspectiva do vício esteja calcada sobre o seu conteúdo frente ao direito material e processual, além da ponderação se a sua prática, ainda que viciada, permitiu atingir seu objetivo, de tal forma que após oportunizado o contraditório, possa ser mantido diante do princípio da instrumentalidade das formas.

Longe do formalismo, o Novo Código de Processo Civil prima pelo cumprimento do objetivo, exigindo, ainda das partes que ao apontar, a tempo e modo, o vício que permita o reconhecimento da invalidade, o faça calcado na evidenciação concreta do prejuízo.

2. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil,* 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil.* 18. ed. Belo Horizonte: Editora Altlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie.; PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil*: comparativo com o código de 1973. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais*: interpretação conforme a Constituição. ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: Traços Fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. ed. Rio de Janeiro: Aide Ed, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Luiza Arantes Nasser. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

KUNZLER, Carolina de Morais. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. In: *Estudos de Sociologia.*16. ed. Araraguara: Editora, 2004.

NOVO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL COMENTADO. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73 /Elpídio Donizetti. São Paulo: Atlas, 2015.

PAIVA, Caio. *Defensor Público deve ser intimado pessoalmente para julgamento de HC.* Consultor Jurídico. 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-26/tribuna-defensoria-defensor-intimado-pessoalmente-julgamento-hc>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Contestação por negativa geral é presente de grego do novo CPC para defensores*. Consultor Jurídico. 07 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/tribuna-defensoria-contestacao-negativa-geral-presente-grego-cpc>. Acesso em: 19 abr. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt nos EDcl no AREsp 931446 / MG AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0125749-9. DJ 01 fev. 2017. Relator: Ministro Raul Araújo.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 479.301 – SP (2014/0038834-2).* 26 ag. 2016. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 849.405/MG.* 5 abr. 2016. QuartaTurma, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas corpus:* HC 105041 S. 13 set. 2011. Segunda turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Especial:* REsp 63.393/MG. DJ 22 fev. 1999. Sexta turma, Relator: Ministro Vicente Leal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Especial:* REsp 233.100/BA. DJ 21 fev. 2000. Quinta turma, Relator: Ministro Felix Fischer.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial:* REsp 908340 CE 2006 /0238633-0 – Rel. e Voto. DJ 21 ag. 2009. Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial:* REsp 950.522 PR 2007/0105472-2 – Inteiro teor. 2007. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8598914/recurso-especial-resp-950522-pr-2007-0105472-2/inteiro-teor-13676100?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 abr. 2017.

THEODORO, Júnior, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. ed. Rio de Janeiro: Editora, 2015.

VALOR DA CAUSA

José Roberto Sotero de Mello Porto

Sumário: 1. Conceito; 2. Relevância prática; 3. Critérios para definição; 4. Correção *ex officio*; 5. Impugnação; 6. Referências.

1. CONCEITO

Por *valor da causa* devemos entender o montante econômico – real ou estimativo – a que a ação equivale. Portanto, pode-se ter um valor *real*, isto é, que corresponda à realidade do pleito, bem como um valor *estimativo*, quando a causa não possuir conteúdo econômico imediatamente aferível. É essa a dicção do **artigo 291** do código[1].

Interessante notar que, ao contrário do que uma apressada leitura seria capaz de fazer crer, não é somente o pedido o elemento da demanda determinante para concluirmos o seu valor. Na realidade, conforme alerta de Chiovenda, o *quantum* a ser indicado na inicial decorre de uma análise conjunta do pedido e da causa de pedir[2].

Essa primeira constatação fica evidente diante de um exemplo concreto e corriqueiro na prática da Defensoria: os interditos possessórios. Nesses pleitos, em que se pede a posse com base na posse anteriormente exercida, o valor da causa será o da posse, que não necessariamente coincide com o da propriedade[3], ao contrário do que ocorrerá inevitavelmente nos processos petitórios.

Seguindo-se no comento do dispositivo, a questão mais relevante diz respeito à definição do valor da causa *por estimativa*. Nesses casos, em que (i) não

1. Art. 291 A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

2. "O valor da demanda não é o valor do objeto mediato da demanda, nem da *causa petendi* isoladamente considerados, mas da combinação dos dois elementos, ou seja, é o valor daquilo que se pede, considerado em atenção à *causa petendi*, isto é, à relação jurídica baseada na qual se pede; é o valor da relação jurídica, nos limites, porém, do *petitum*." (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v.2. p. 192).

3. Enunciado 178 do FPPC: "O valor da causa nas ações fundadas em posse, tais como as ações possessórias, os embargos de terceiro e a oposição, deve considerar a expressão econômica da posse, que não obrigatoriamente coincide com o valor da propriedade.".

seja possível, no momento da exordial, definir com precisão o conteúdo econômico (hipóteses de admissão de pedido indeterminado[4]); ou nos quais (ii) o pedido e a causa de pedir não possuem aspecto econômico, financeiro (caso de uma ação em que se pleiteia a regulamentação de visitas), cabendo ao postulante estimá-lo, em juízo de autêntica ficção jurídica. Comumente, nesses últimos, atribui-se o salário mínimo vigente.

Por fim, *toda causa* deverá apontar um valor certo. Extrai-se, daí, que qualquer provocação da jurisdição com natureza de ação autônoma (citam-se, como exemplo, a reconvenção e os embargos à execução) necessitará desincumbir-se desse encargo.

A *consequência da ausência de indicação* será a abertura de prazo para a emenda da inicial, e, em caso de se manter a inércia, o julgamento liminar de improcedência do pleito sem julgamento de mérito, haja vista tratar-se de pressuposto processual de validade, inserido na categoria da subordinação do procedimento às normas legais[5], tendo com conta a exigência do artigo 319, V.

2. RELEVÂNCIA PRÁTICA

Não se trata de mera exigência formalista ou abstrata. A determinação do valor da causa possui implicações diretas para os litigantes, ostentando funções em diversas frentes, cumprindo papel de:

a. Base de cálculo da *multa por ato atentatório à dignidade da justiça*: até 20% do valor da causa (artigo 77, IV, VI e §§2° e 5°[6]) ou até 2%, quando o ato foi a ausência da parte na audiência de conciliação (artigo 334 §8°[7]);

4. Estão elencadas no art. 324, §1º: "É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.".
5. "De acordo com esse pressuposto, o processo, desde o seu primeiro ato – que é a petição inicial –, até o ultimo, deve observar, em todos os atos e na sequência deles, todos os requisites que a lei processual estabelece." (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1. p. 338).
6. Art. 77 Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. § 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2o poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
7. Art. 334 § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por

b. Base de cálculo da *multa por litigância de má-fé*: de 1 a 10 % do valor da causa corrigido até o momento do ato (artigo 81 e §2°[8]);
c. Base de cálculo da *multa pelo ajuizamento indevido de monitória, do ajuizamento de má-fé ou da oposição de embargos monitórios de má-fé*: até 10% (artigo 702 §§10 e 11[9]);
d. Base de cálculo da *multa pela interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, assim decidido em votação unânime*: entre 1 e 5% (artigo 1.021 §4°[10]);
e. Base de cálculo da *multa pela interposição e embargos de declaração manifestamente protelatórios*: até 2% e, se reiterados, até 10% (artigo 1.026 §§2° e 3°[11]);
f. Parâmetro para fixação da *multa ao perito* que deixa de cumprir o encargo no prazo (artigo 468, §1°[12]);
g. Base de cálculo dos *honorários sucumbenciais*, quando não possível mensurar o proveito econômico obtido (artigo 85, §§2°, 5° e 8°[13]),

cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

8. Art. 81 De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
9. Art. 702 § 10. O juiz condenará o autor de ação monitória proposta indevidamente e de má-fé ao pagamento, em favor do réu, de multa de até dez por cento sobre o valor da causa. § 11. O juiz condenará o réu que de má-fé opuser embargos à ação monitória ao pagamento de multa de até dez por cento sobre o valor atribuído à causa, em favor do autor.
10. Art. 1.021 § 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.
11. Art. 1.026 § 2° Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.
§ 3° Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.
12. Art. 468 O perito pode ser substituído quando: II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado. § 1º No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.
13. Art. 85 § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (...). § 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente. § 8º Nas causas em que for inestimável ou

bem como no caso de alegação de substituição do réu decorrente de ilegitimidade passiva[14] (artigo 338, parágrafo único: entre 3 e 5%);

h. Base de cálculo do *depósito para ajuizamento da ação rescisória*: 5% (artigo 968, II[15]), eventualmente conversível em multa[16];
i. Base de cálculo para *taxas e custas* judiciárias;
j. Critério de fixação de competência no caso dos juizados especiais cíveis (até 40 salários mínimos: artigo 3°, I da Lei 9.099/95[17]), fazendários (até 60 salários mínimos[18]: artigo 2° da Lei 12.153/09) e federais (até 60 salários mínimos: artigo 3° da Lei 10.259/01[19]), bem como nos Estados em que existem foros regionais (conforme normas de organização judiciária);
k. Critério de definição do cabimento recursal na execução fiscal (artigo 34 da Lei 6.830/80[20]).

irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

14. Art. 338 Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.
15. Art. 968 A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 319, devendo o autor: II - depositar a importância de cinco por cento sobre o valor da causa, que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente. § 1º Não se aplica o disposto no inciso II à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e aos que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça. § 2º O depósito previsto no inciso II do caput deste artigo não será superior a 1.000 (mil) salários-mínimos.
16. "A multa é sanção; o depósito é parâmetro de fixação da multa e garantia do seu pagamento. O depósito *não se converte* em multa. Ele serve como referência para a multa e é utilizado prioritariamente para cumprimento do dever jurídico decorrente da sua imposição. Antes de existir a multa, no entanto, o depósito compõe o patrimônio jurídico do autor, tanto que pode, por exemplo, ser objeto de penhora, para garantia de débito seu no mesmo ou em outro processo. Se a multa for imposta, ela corresponderá ao valor do depósito e o réu está autorizado a utilizar o valor depositado para pagamento do seu crédito, com prioridade sobre qualquer outro crédito eventualmente garantido pelo mesmo depósito." (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandrino de. O depósito obrigatório da ação rescisória e a superveniência do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 266. ano 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2017. p. 324.).
17. Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo.
18. Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.
19. Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.
20. Art. 34 Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

Sob a égide do código anterior, o valor da causa definia, ainda, o procedimento a ser seguido, indicando o sumário quando não ultrapassasse 60 salários mínimos (artigo 275, I do CPC/73). Com a extinção dessa especialidade procedimental, essa função do referido elemento da inicial resta limitada à determinação procedimental no rito sumaríssimo.

3. CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO

O **artigo 292** segue a linha de seu antecessor (artigo 259 do CPC/73), elencando rol de situações concretas e os respectivos meios de aferição do valor da causa. Passemos ao seu estudo, avançando, ainda, para hipóteses não previstas nos incisos.

3.1. Cobrança de dívida (artigo 292, I)

No caso de ação em que se cobra uma dívida, todo o valor cobrado deverá ser levado em conta para a fixação. Explicitando essa noção, o novo código passa a falar em soma *monetariamente corrigida* do débito principal, esclarecendo que os juros mencionados são os *moratórios*, e deixando aberta a porta para *outras penalidades, se houver*.

Trata-se de ação com conteúdo econômico evidente e essencial. O resultado, portanto, será de simples constatação jurídica (por mais que se compliquem os cálculos da correção monetária, dos juros e de eventuais cláusulas penais), decorrendo da soma de todo o montante pleiteado, existente até a data da propositura.

Eventuais parcelas vincendas poderão ser incluídas, na forma do regramento dos parágrafos 1° e 2°, abaixo analisados.

3.2. Questões sobre ato jurídico (artigo 292, II)

Antes, o legislador mencionava apenas as discussões sobre a existência, validade, cumprimento, modificação ou rescisão de negócio jurídico como hipótese específica. No novo diploma, acrescentam-se os casos de *resolução e resilição* (outras formas de extinção contratual), ampliando-se a concepção de negócio jurídico para *ato jurídico*.

Além da maior completude do inciso, também o parâmetro foi alterado: no regramento anterior, falava-se no valor do contrato, em previsão assaz limitada. Doravante, o valor da causa deverá se basear no total do ato ou, agora uma novidade do CPC, no valor da parte controvertida. Afinal de contas, somente essa parcela formará a causa de pedir e o pedido.

3.3. Alimentos (artigo 292, III)

O inciso em tela apenas foi recolocado, em nada alterando seu comando: nas ações de alimentos, o valor indicado será 12 vezes o da prestação mensal pedida pelo alimentando.

O dispositivo versa sobre o simples pedido de alimentos. Eventualmente, porém, será possível que haja cumulação desse com débitos outros, devendo-se aplicar o regramento dos incisos VI a VIII.

3.4. Divisão, demarcação, reivindicação (artigo 292, IV)

A lei continua a elencar as três espécies de ações reais em inciso específico. No entanto, mais uma vez, mudou-se o critério de fixação: no diploma revogado, o valor da causa era o da estimativa oficial para lançamento do imposto (não raro, o valor venal); no atual código, passa a ser o da *avaliação da área ou bem* objeto do pedido[21].

Quer-se, com isso, aproximar o valor da causa da realidade fática, contemporânea ao ajuizamento da demanda. Por via reversa, imagina-se a necessidade de uma avaliação prévia, cuja apresentação é ônus do autor.

3.5. Indenizações (artigo 292, V)

A maior novidade no tema encontra-se, justamente, aqui. O pedido indenizatório deverá se refletir no valor da causa, *inclusive quando fundado em dano moral.*

Parcela da doutrina imagina tratar-se de uma reação legislativa ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça[22], que há muito admitia pedido indeterminado quanto à indenização por danos imateriais[23].

Outra corrente, contudo, sustenta que, na realidade, o código apenas confirmou o sentir pretoriano[24] no sentido da indispensabilidade, como regra, de quantificar os danos morais ao definir o valor da causa. Excepcionalmente, contudo, em sendo hipótese de pedido indeterminado (artigo 324, §1°), lançar-se-ia uma estimativa indenizatória no valor da causa[25].

21. "Interessante observar, todavia, que o ente público, ao realizar o lançamento tributário, louva-se, sempre, em avaliação, que ainda que não seja necessariamente feita com critérios do mercado de negócios, baseia-se em critérios técnicos próprios. A rigor, então, pode a parte considerar como valor da avaliação o valor definido pelo ente tributante. Certamente não terá sido essa a intenção do legislador. Mas a redação do texto normativo permite que se chegue a essa conclusão naquelas hipóteses em que o bem objeto da causa estiver sujeito à tributação. Por outro lado, como já se aponta na doutrina, há bens que podem ser objeto desse tipo de ação, mas que não estão sujeitos à tributação, como, por exemplo, os bens públicos. A lei certamente tenta corrigir essa distorção." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. [coords.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico).

22. 4ª turma, REsp 645.729/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 11/12/2012.

23. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 225-226.

24. "O valor estimado da causa, na petição em que se pleiteia indenização por danos morais, não pode ser desprezado, devendo ser considerado como conteúdo econômico desta, nos termos do art. 258 do CPC." (3ª turma, AgRg no REsp 1397336/GO, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 22/04/2014).

25. FARIA, Juliana Cordeiro de. Comentário ao artigo 292. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 764.

De fato, topograficamente é difícil extrair a inviabilidade de pedido ilíquido tão somente com base nesse dispositivo. Para evitar interpretações para além da lei, melhor concluir que, em sendo estimável o pedido de indenização por agressão imaterial, deverá o montante ser esclarecido no pedido e, por conseguinte, repercutir no valor da causa.

3.6. Cumulação de pedidos - cumulação sucessiva (artigo 292, VI)

Quando o autor cumular pedidos sucessivamente, o valor da causa decorrerá da soma de todos. A determinação individual, por óbvio, depende dos critérios indicados.

3.7. Pedidos alternativos - cumulação alternativa? (artigo 292, VII)

Ex lege, nos pedidos alternativos o valor da causa será aquele relativo ao pedido mais valioso, economicamente.

Pedidos alternativos são aqueles decorrentes de obrigações alternativas, isto é, as que podem ser cumpridas de, pelo menos, duas maneiras – a critério do credor ou do devedor. O comando se volta à hipótese em que o devedor definirá a maneira de adimplir, caso contrário já haveria especificação pelo autor/credor na inicial, decorrendo daí o valor da causa.

Não se confunde o instituto com a cumulação alternativa, que sucede quando o autor apresenta dois pedidos, bastando que um deles seja julgado procedente, sem qualquer espécie de prioridade apontada. Por se tratar de cumulação, pela literalidade do código, deveria ser aplicado o inciso anterior[26]; contudo, uma leitura teleológica recomenda a incidência do presente regramento, em que pese a impropriedade legislativa[27,28].

26. MIRANDA, Daniel. Comentário ao artigo 292. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil.* São Paulo: Saraiva, 2016. p. 395.

27. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 292. In: _____. et al. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015.* São Paulo: Método, 2015. p. 842; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 532.

28. "Outra situação em que o NCPC repete aquilo que já está no CPC/73, é a que diz respeito aos pedidos alternativos. Diz o Código que, na hipótese de o devedor, em razão da natureza da obrigação, poder cumprir a prestação de mais de um modo, o autor poderá formular pedido alternativo (art. 325, NCPC), para que a obrigação seja satisfeita pelo cumprimento de uma ou de outra das prestações. Nessa hipótese, segundo o inciso VII do art. 292, o valor da causa corresponderá ao pedido de maior valor." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. [coords.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico).

3.8. Cumulação subsidiária (artigo 292, VIII)

Em se tratando de cumulação subsidiária de pedidos (onde há uma ordem de prioridade designada pelo autor), a causa terá o valor do pedido principal, ou seja, aquele enumerado em primeiro lugar.

3.9. Prestações vincendas (artigo 292, §§1° e 2°)

É possível que a cumulação (sucessiva) ocorra entre as prestações vencidas (aquelas devidas já no momento da propositura da demanda, na forma do artigo 292, inciso I) e as vincendas no curso do processo, inclusive como medida de economia processual. Seguindo a regra geral do inciso VI, o §1° esclarece que, também aqui, o valor da causa será decorrente da soma de ambas as espécies de prestação.

A particularidade está no §2°, que estabelece o que se considerará o valor das prestações vincendas. Afinal, por vezes será impossível, *a priori*, prever quanto tempo durará o feito e, por conseguinte, quantas prestações vincendas terão se transmudado em vencidas.

A solução será a seguinte: (i) se a obrigação da qual decorrem as prestações tiver prazo certo, de até um ano, o valor das prestações vincendas será a soma de todos elas; (ii) por outro lado, quando a obrigação for por prazo indeterminado ou superior a um ano, será considerada uma prestação anual, para fins de valor da causa (pode ser o caso de se aplicar a previsão dos alimentos, multiplicando por 12 o montante relativo a uma prestação mensal).

3.10. Outras disposições específicas

Não cessam no artigo 292 os casos em que o legislador estabelece critérios específicos para determinar o valor da causa. Exemplificativamente, podemos apontar os seguintes:

a. Na *ação monitória*, será o conteúdo econômico da obrigação, seja ela de pagar, entregar, fazer ou não fazer (artigo 700, §§2° e 3°[29]);
b. Na *tutela provisória antecipada antecedente*, o valor do pedido de tutela final (artigo 303, §4°[30]);
c. Nas *ações locatícias*, será 12 vezes o valor do aluguel ou, no caso de retomada quando o locatário usava o imóvel em razão do emprego e a relação de trabalho cessa, 3 vezes o salário vigente na data do ajuizamento (artigo 58, III da Lei 8.245/91[31] e súmula 449 do STF[32]).

29. Art. 700 § 2º Na petição inicial, incumbe ao autor explicitar, conforme o caso: I - a importância devida, instruindo-a com memória de cálculo; II - o valor atual da coisa reclamada; III - o conteúdo patrimonial em discussão ou o proveito econômico perseguido. § 3º O valor da causa deverá corresponder à importância prevista no § 2º, incisos I a III.
30. Art. 303 § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Em casos outros, a doutrina estabelece os parâmetros, como nos embargos de terceiro, na oposição e nas ações possessórias[33].

4. CORREÇÃO *EX OFFICIO*

No tratamento do CPC/73, havia enorme discussão quanto à possibilidade de o magistrado corrigir, de ofício, o valor da causa: de um lado, entendia-se que a matéria demandava iniciativa das partes; por outro, sustentava-se a natureza indisponível das custas recolhidas, devendo haver a complementação por ordem partida do magistrado[34].

O novo código sepulta a questão, revestindo a matéria de roupagem de interesse público[35]: por expressa previsão (artigo 292 §3°), *o juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento36, o valor da causa, quando verificar que (i) não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou (ii) ao proveito econômico perseguido pelo autor*.

Na realidade, em atenção ao artigo 10, deverá o autor ser ouvido previamente à correção oficiosa[37]. Depois, em persistindo a verificação, será o pleiteante intimado para proceder ao recolhimento das custas complementares.

Note-se que não há, a rigor, alteração de ofício do valor da causa, mas sim a oportunidade dada ao autor para que o faça. Caso contrário, estaríamos beirando uma ofensa ao devido processo legal, havendo intromissão do magis-

31. Art. 58 Ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 1º, nas ações de despejo, consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação, observar-se-á o seguinte: III - o valor da causa corresponderá a doze meses de aluguel, ou, na hipótese do inciso II do art. 47, a três salários vigentes por ocasião do ajuizamento.
32. Súmula 449 STF: O valor da causa, na consignatória de aluguel, corresponde a uma anuidade.
33. Enunciado 178 do FPPC: "O valor da causa nas ações fundadas em posse, tais como as ações possessórias, os embargos de terceiro e a oposição, deve considerar a expressão econômica da posse, que não obrigatoriamente coincide com o valor da propriedade.". Similarmente, STJ, 3ª turma, REsp 490.089/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/05/2003.
34. STJ, 2ª turma, AgRg no REsp 1339888/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 19/09/2013.
35. Em decorrência, seria inviável negócio jurídico processual afastando essa prerrogativa do magistrado, para parcela da doutrina (OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 292. In: ____. et al. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 845.).
36. "Ainda que não tenha sido reeditada a parte final da cabeça do artigo 261, o magistrado pode fazer uso do perito judicial na atividade de arbitramento, por aplicação do artigo 510 do Código." (OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 292. In: ____. et al. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 845.).
37. Na mesma linha, MIRANDA, Daniel. Comentário ao artigo 292. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 396.

trado no patrimônio da parte, complementando-se forçadamente o depósito, gerando situação teratológica.

A decisão que manda emendar a inicial, embora possua natureza jurídica de despacho, podia ser impugnada, no regime anterior, por agravo de instrumento, quando tivesse o potencial de gerar dano à parte[38]. O novel diploma, porém, tornou exaustivas as hipóteses de cabimento da referida insurgência, não constando no rol o *decisum* ora analisado.

A solução, ante a clamorosa consequência negativa imediata, capaz até mesmo de complicar o acesso à justiça, deverá passar pela impetração de mandado de segurança[39], única via deixada aberta pela sistemática em vigor.

Curioso o enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis que dispensa a oitiva do recorrido para decisão monocrática em sede recursal quando a decisão guerreada alterar liminarmente o valor da causa[40], uma vez que não há recurso previsto para a hipótese. Imagina-se que se está tratando do debate em apelação (por parte do autor e quando a questão for a única impugnada) ou que se admita a correção de ofício também em segunda instância.

Quanto a esse marco temporal, aliás, existe divergência na doutrina, havendo quem sustente que o julgador não pode determinar a alteração do valor da causa apenas até o juízo de admissibilidade da demanda[41] ou até a resposta do réu[42] (a preclusão do artigo 263, vista *infra*, se estenderia ao magistrado), bem como posição que autoriza que o juiz oportunize a correção a qualquer momento, ou a limite ao primeiro grau de jurisdição[43].

5. IMPUGNAÇÃO

Havendo ou não correção por iniciativa do juiz, o réu poderá impugnar o valor da causa, na forma do **artigo 293**.

Anteriormente, existia um incidente de impugnação, apensado aos autos principais (artigo 261 do CPC/73). Seguindo a linha da simplificação e instrumentalização do processo, o legislador de 2015 aboliu tal meio, passando-se a reclamar *em preliminar da contestação*, como, aliás, já era admitido na execução fiscal[44].

38. STJ, 2a turma, REsp 1204850/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/09/2010.
39. FARIA, Juliana Cordeiro de. Comentário ao artigo 292. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 769-770.
40. Enunciado 81 do FPPC.
41. MIRANDA, Daniel. Comentário ao artigo 292. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 397.
42. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 154.
43. OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 292. In: ____. et al. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 850.
44. STJ, 2ª turma, AgRg nos EDcl no Ag 1337909/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/10/2010.

De acordo com o dispositivo, o juiz decidirá e, se procedente a impugnação, imporá a complementação das custas (reitera-se, nesse ponto, o entendimento de que é impossível que se force o autor a fazê-lo, cabendo tão somente sua intimação para tanto, sob pena de extinção terminativa do processo[45]).

Também é evidente no comando que haverá *preclusão* (temporal) da matéria, caso o réu não proceda como descrito[46]. Em havendo inércia da parte ré, verifica-se autêntico negócio jurídico processual tácito.

Enfim, embora o projeto na Câmara dos Deputados previsse a possibilidade de agravo de instrumento dessa decisão, a redação final não contemplou a hipótese de cabimento. Mais uma vez, a única saída será a impetração de mandado de segurança.

6. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v.2.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandrino de. O depósito obrigatório da ação rescisória e a superveniência do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 266. ano 42. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2017.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Comentário ao artigo 292. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.

MIRANDA, Daniel. Comentário ao artigo 292. In: STRECK, Lenio Luiz *et al* (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

45. Por vezes, em uma visão dinâmica do processo, será possível que a não complementação não implique na extinção do feito sem julgamento de mérito, quando já houver resposta jurisdicional de mérito: "O pagamento das custas de ingresso é pressuposto processual a ser observado para a constituição e desenvolvimento válido da relação jurídica, ensejando, em regra, a extinção do processo sem julgamento de mérito. Essa regra, todavia, pressupõe uma visão estática da relação processual, razão pela qual deve ser ponderada sob uma perspectiva da sua dinâmica e à vista de sua função instrumental. Nessa ótica, pode-se afirmar que, conforme a fase em que se encontra a relação processual, a ausência de complementação das custas processuais não ensejará a extinção do processo sem julgamento de mérito, seja pela ausência de pressuposto ou pelo abandono da causa. A partir de um espírito menos formalista e de uma visão mais desburocratizada do processo, se no momento em que identificada a ausência de complementação das custas já existir decisão de mérito, ainda que parcial, não mais será possível a prolação de sentença terminativa, devendo a diferença do valor ser computada para pagamento ao final e imputada àquele que se tornou sucumbente." (FARIA, Juliana Cordeiro de. Comentário ao artigo 292. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al* (coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 771-772.). Essa posição, contudo, só se aplica caso se afaste a preclusão temporal para o juiz.
46. A extensão desse limite para o juiz é alvo de debate, como dito no tópico anterior.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Comentário ao artigo 292. In: ______. et al. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015.* São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. [coords.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO XII
TUTELA PROVISÓRIA

A TUTELA DE URGÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A NOVA TÉCNICA PROCESSUAL PARA TUTELA DE DIREITOS

Alexandre Mendes Lima de Oliveira
Raquel Brodsky Rodrigues

1. PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

O novo Código de Processo Civil, nos artigos 294 a 311, disciplinou a chamada *tutela provisória*, adotada como gênero em que se inserem a *tutela de urgência* (tendo esta como espécies a tutela antecipatória e a tutela cautelar) e a *tutela de evidência*.

Por meio do presente artigo, pretende-se tecer algumas considerações acerca do instituto da tutela provisória no sistema processual civil brasileiro.

Para tanto, primeiramente serão abordadas algumas noções acerca do instituto à luz da tão necessária busca pela concretização de direitos no cenário jurídico atual. Após, serão apreciados os principais dispositivos normativos que consolidam a nova feição das tutelas de urgência, com atenção às técnicas processuais para a obtenção das tutelas de direito material.

Por fim, serão expostas algumas necessárias perspectivas, ainda de que forma breve, acerca da interpretação dos requisitos infraconstitucionais da tutela de urgência, tomando como parâmetro a necessidade de proteção à criança, ao adolescente, ao idoso e à pessoa com deficiência.

Os frutos dessa pesquisa, por certo, não esgotam a temática, pois o estudo expõe de forma sintética e rápida a perspectiva contemporânea sobre o tema. Espera-se, de qualquer sorte, que o trabalho ora apresentado transmita

uma compreensão adequada do instituto na atualidade – já que dela depende a efetiva realização de todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos aos cidadãos, tema de essencial preocupação e importância para a Defensoria Pública, vale sublinhar.

2. A TUTELA PROVISÓRIA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL: BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

No pensamento da doutrina jurídica contemporânea, a formalidade deu lugar à substancialidade, tornando inaceitável a mera proclamação de direitos destituídos de salvaguarda concreta. Assim, o Estado não pode garantir como direito fundamental a proteção jurisdicional da ameaça ao direito (artigo 5°, inciso XXXV, CF), por exemplo, sem possibilitar a utilização de instrumentos realmente idôneos para a concretização de tal garantia.

O receio de ver o juiz agindo como legislador ou administrador motivou a precedência da cognição sobre a execução. A segurança jurídica era também fundamental para o desenvolvimento dos negócios burgueses. Tutelas provisórias ou de urgência, ao permitirem que uma avaliação sumária do conflito de interesses tornasse o bem da vida acessível ao autor, abalariam a atmosfera de certeza exigida pela produção industrial.

Assim, a separação entre conhecimento e execução atendia aos ideais iluministas – mas acabava por deixar inúmeras situações concretas carentes de tutela adequada e efetiva. Todavia, é preciso notar que tal consequência era, em verdade, desejada, pois nesse estágio do modo de produção capitalista o bom funcionamento dos mecanismos de mercado era o único escopo visado. Tutelas sumárias eram consideradas contrárias aos interesses dos "homens de negócios"[1].

Hoje, entretanto, não é mais admissível que o Direito se limite precipuamente a assegurar a preservação das esferas individuais, sem promover a igualdade substancial e a solidariedade. Somente tomando esses valores como norte o Estado possibilita o desenvolvimento da personalidade humana e das relações sociais[2]. Nesse contexto, ao processo deve-se atribuir caráter eminentemente instrumental.

Tal visão não pretende fazer do direito processual mero acessório do direito material, retrocedendo no tempo[3]. Ocorre que a diversa conformação

1. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 184-187.
2. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 428-429.
3. Sobre a importância da fase autonomista do processo civil para a construção e consolidação desse campo do direito, recorre-se ao pensamento de DINAMARCO, que reconhece a inadequação do culto ao processo como valor em si mesmo e a superação da fase gnosiológica principiada por Von Bullow, mas alerta: "é claro que sem os conhecimentos que ela propiciou, o processualista moderno não poderia alçar os voos que pretende: seria tentar a fisiologia, quem não conhece

atribuída aos direitos tradicionais e o surgimento de novos direitos exige uma inovadora concepção de processo. Essas alterações decorrem das próprias características da sociedade contemporânea, dentre as quais se destacam os conflitos de massa e as novas tecnologias de informação, que modificaram de maneira significativa relações jurídicas tradicionais. Tais peculiaridades também deram origem a novos direitos, como os de cunho metaindividual – o que torna flagrante a exigência de novas respostas jurisdicionais.

Algumas noções fundamentais adotadas pela doutrina contemporânea permitem compreender essa nova visão. Primeiramente, vale lembrar que os termos tutela material e tutela jurisdicional não são sinônimos: a pretensão processual mostra a tutela material pretendida – ou seja, o que tem de ser feito para que o direito material seja tutelado; a tutela jurisdicional, por seu turno, abarca o procedimento, a sentença e os meios executivos adequados à tutela do direito[4].

O reconhecimento dessas novas categorias, contudo, não é suficiente para garantir a construção de um processo civil efetivo. O Código de Processo Civil anteriormente vigente foi concebido para atender a interesses de cunho patrimonial, disponível e individual[5]. Assim, mesmo após as muitas reformas às quais foi submetida, a lei processual civil brasileira ainda não havia se despido dessas características inadequadas ao momento atual, tornando imprescindível que os operadores do direito fizessem uma leitura atenta e construtiva dos instrumentos jurídicos disponíveis.

Entretanto, interpretações convencionais e até mesmo retrógradas persistiam – e podem persistir. Isto é, nem mesmo um Código de Processo Civil "ideal" poderia resolver diversos impasses na tutela de direitos, pois novos mecanismos podem ser ignorados ou mal utilizados na prática forense. A descrença no Direito, o desconhecimento das novas técnicas processuais, a negação das bruscas alterações sofridas no mundo fático, a renitente busca pela preservação do *status quo* etc. – são inúmeras as razões pelas quais os operadores do direito apegam-se aos moldes antigos.

Merece destaque o fato de que a atenção às peculiaridades das diferentes situações concretas, da qual se falou acima como corolário da efetividade, não poderia deixar de dizer respeito à distribuição do tempo no processo. Atribuir neutralidade ao tempo no processo é ignorar a igualdade substancial que se almeja obter em relação aos sujeitos do processo. Negar a antecipação de tutela ao autor que tem razão atribui vantagem injustificada ao réu e dano marginal ao autor, destituindo o procedimento de lógica[6].

anatomia". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 267.

4. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p. 44-47.
5. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 39.
6. ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 188.

Por essa razão, é evidente que a efetiva tutela do direito material exige o direito a técnicas processuais adequadas – sendo a tutela de urgência, conforme disciplinada no Código de Processo Civil de 2015, importante instrumento a merecer análise crítica para sua adequada aplicação prática.

Ainda com base nessa ideia de que o ônus da demora na tramitação processual não pode ser imputado sempre a parte autora, o novo CPC vai além das rachaduras deixadas pelo CPC/73 e quebra de vez o paradigma de que a antecipação do provimento final exigiria sempre uma situação de perigo de dano grave ou irreparável, trazendo para o ordenamento jurídico a chamada *tutela de evidência*, conforme art. 311, a qual não pressupõe a comprovação de *periculum in mora* para seu deferimento, desde que presentes requisitos ou situações específicas as quais serão comentadas mais adiante – sem olvidar o foco já enunciado do presente trabalho.

3. COMENTÁRIOS À TUTELA DE URGÊNCIA CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No presente tópico, serão tecidas algumas considerações acerca de pontos considerados relevantes atinentes à disciplina da tutela de urgência no NCPC

Primeiramente, importante destacar que o artigo 300 do NCPC, ao abordar a viabilidade de concessão de tutela de urgência *"quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de dano ou o risco ao resultado útil do processo"*, quis abarcar tanto a tutela antecipatória (de natureza satisfativa) quanto a tutela cautelar.

Nesse sentido, pertinente lembrar as diferenciações que a doutrina faz no que tange a esses dois tipos de tutela de direitos.

A tutela cautelar assegura a tutela do direito e só deixa de ter razão de ser quando a satisfativa é efetivamente prestada; já tutela antecipada volta-se à satisfação do direito pleiteado e acaba por ser consumida pela tutela final.

Como exemplo da diferença entre os institutos, tem-se o pedido de medida liminar em ação com pedido final de anulação de deliberação social. Se for pedida a concessão de pró-labore, trata-se de caso de antecipação de tutela; contudo, caso seja pleiteada a descrição de bens na empresa, ao revés, tratar-se-á de tutela cautelar.

A tutela cautelar, de acordo com a visão de Calamandrei, seria dotada de instrumentalidade hipotética ou instrumentalidade ao quadrado. As demais tutelas seriam voltadas à realização do direito material, ao passo que o provimento cautelar seria destinado a proteger outros processos em relação ao perigo da demora.

Ainda sobre o artigo 300 do NCPC, merece destaque merecida crítica ao parágrafo terceiro, que mantém a ideia do Código anterior no sentido de que a medida não poderá ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade.

Isso porque o direito provável não pode ser sacrificado pela possibilidade de prejuízo irreversível de uma situação jurídica improvável.

Como forma coerente de ler-se o referido dispositivo, de forma a não levar à subutilização das tutelas de urgência, é considerar que a irreversibilidade da medida deva ser compreendida como inviabilidade de qualquer meio de reparação.

Possível ainda interpretar que o referido parágrafo não se aplica se, a despeito de a concessão da tutela de urgência gerar efeito irreversível, a não concessão também levaria a irreversibilidade do prejuízo em relação jurídica para a qual se buscou a salvaguarda jurisdicional.

Como critérios para nortear essa escolha, é possível pensar na probabilidade (proteger o direito que pareça mais provável) e na proporcionalidade (sacrifício do interesse de menor relevância para proteger o interesse de maior relevância).

Nessa mesma ordem de ideias lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero sobre o dispositivo em questão:

> ... ele vai à contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória. Justamente por essa razão, tendo a técnica antecipatória o objetivo de combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve ser sempre sacrificado diante de possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável – o que é obviamente um contrassenso.[7]

Como critérios para nortear essa escolha, é possível pensar na probabilidade (proteger o direito que pareça mais provável) e na proporcionalidade (sacrifício do interesse de menor relevância para proteger o interesse de maior relevância).

Relativamente ao art. 302 do diploma legal sob análise, imprescindível notar que, a despeito de o legislador ter repetido a ideia de responsabilidade objetiva já presente no Código de Buzaid nos incisos II e III, merece alerta o fato de que a natureza da responsabilidade civil referente às hipóteses inscritas nos incisos I e IV devem ser entendidas como de natureza *subjetiva*.

Isto porque, se a tutela provisória era necessária e devida, conforme apreciação sumária do magistrado, não parece razoável responsabilizar objetivamente o beneficiário. Ora, ao longo do feito, é plenamente possível que o juiz verifique a inexistência do direito tutelado em caráter de urgência.

Tal situação, contudo, ao nosso ver, não pode simplesmente desconsiderar o juízo sumário. A respeito da questão, alinhamo-nos, novamente, à perspectiva de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO sobre o tema:

> **O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga sua existência.** Nesses casos, a **responsabilidade civil** pela fruição da antecipação de tutela

7. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado.* São Paulo: RT, 2015, p. 313.

depende da alegação e prova de dolo e de culpa, porque **amparada em um legítimo exercício do poder estatal**. Só há responsabilidade objetiva diante da sentença de improcedência quando a tutela provisória é obtida de forma injustificada, isto é, com violação a ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa).[8]

O artigo 304 do NCPC, em seu turno, está atento à realidade e ao caráter prático da utilização do Poder Judiciário para a resolução de controvérsia: deixa claro que a tutela provisória satisfativa, requerida em caráter antecedente e fundada na urgência, pode ser autonomizada e estabilizada; já a tutela cautelar, pela referibilidade que lhe é inerente, não pode ter estabilidade. Tal situação, contudo, ao nosso ver, não pode simplesmente desconsiderar o juízo sumário. A respeito da questão, alinhamo-nos, novamente, à perspectiva de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO sobre o tema:

> A questão que efetivamente interessa no que tange à antecipação de tutela obtida de forma antecedente é a sua estabilização (ar. 304, CPC). Se a antecipação da tutela é concedida, ocorre o aditamento da petição inicial pelo autor (art. 303, parágrafo 1°, I, CPC) e o demandado não se manifesta no sentido do exaurimento da cognição (art. 304, caput, CPC), a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo, a qual visa a empregar a técnica do contraditório eventual já presente no procedimento monitório com o fim de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada fundada na urgência.[9]

Para demonstrar que essa questão está longe de constituir mera tertúlia acadêmica, trazemos à discussão situações práticas enfrentadas pela Defensoria Pública da União em demandas de natureza previdenciária e assistencial, pleiteando para necessitados benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez, auxílio-doença, benefício assistencial) e outros benefícios (pensões, aposentadoria por tempo de serviço, rural, entre outros), onde a tutela de urgência antecipada é de grande valia, tendo em conta que muitas vezes tais benefícios constituirão fonte de sustento para seus destinatários.

Infelizmente o Superior Tribunal de Justiça retroagiu quanto ao entendimento, outrora tranquilo, de que deferida a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à autarquia previdenciária o pagamento de benefício previdenciário (auxílio doença, aposentadoria, benefício assistencial) via decisão interlocutória, sua revogação na sentença ou mesmo através do provimento do recurso de apelação não implicaria na obrigação da parte autora de restituir ao erário as parcelas antes percebidas.

Ainda na vigência do CPC de 1973, decidiu a Corte Especial do STJ que

8. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.,*, p. 314-315. Destaques não originais.

9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.,*, p. 316-317.

> Dentro de uma escala axiológica, mostra-se desproporcional o Poder Judiciário desautorizar a reposição do principal ao Erário em situações como a dos autos, enquanto se permite que o próprio segurado tome empréstimos e consigne descontos em folha pagando, além do principal, juros remuneratórios a instituições financeiras. 11. À luz do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF) e considerando o dever do segurado de devolver os valores obtidos por força de antecipação de tutela posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros para o ressarcimento: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito, adotado por simetria com o percentual aplicado aos servidores públicos (art. 46, § 1°, da Lei 8.213/1991).[10]

Esse entendimento acaba por esvaziar bastante a utilidade da tutela de urgência antecipada nos pleitos de natureza previdenciária e assistencial, bem como para qualquer outra pretensão de natureza alimentar, especialmente para pessoas necessitadas porque, sabedor de que haverá o risco de devolução dos valores recebidos caso a tutela provisória seja revogada ao final, a tendência das pessoas necessitadas será de deixar de requerer o provimento provisório, com medo de ter que devolver os valores recebidos ou recebê-los – e, ainda, deixar de utilizar a técnica processual para os fins que foram concebidos pelo legislador, aguentando de maneira indefinida as angústias da demora de um processo cuja duração ainda está muito longe do razoável determinado por disposição da Constituição Federal, de uma forma ou de outra.

Quando esse precedente veio à baila, houve grande protesto da doutrina, tanto de processualistas como de especializados em matéria previdenciária. Por todos, o juiz federal e doutor em Direito Previdenciário José Antônio SAVARIS assevera com precisão:

> O que se pode concluir, diante do exposto, é que a decisão do STJ que determina a devolução dos valores recebidos por força da decisão firmada em sede de tutela antecipada posteriormente revogada (REsp. 1384418/SC), dentro da margem de discricionariedade que se cuidava existir, escolheu prestigiar o Erário, isto é, a reposição dos valores ao Erário. Diante de tal escolha, buscou socorro em um restritivo conceito de boa-fé, retirou das tutelas de urgência sua significação de solução provável da causa e, equivocadamente, igualou os direitos previdenciários, ligados ao mínimo existencial, aos demais bens da vida que se discutem judicialmente (...) A irrepetibilidade dos valores previdenciários recebidos indevidamente decorre de um dado objetivo importantíssimo, qual seja, a natureza existencial-alimentar do benefício destinado a prover meios indispensáveis de manutenção aos segurados e dependentes da Previdência Social. Essas pessoas se encontravam, em tese, em uma contingência social que reclamava urgente outorga da proteção previdenciária. Indaga-se, pois: Em que medida seria adequado cogitar-se em devolução de recursos que, concedidos pelo Estado-Juiz, se presumem exauridos para a

10. REsp 1384418 / SC, Rel. Min. Herman Benjamin, unânime, DJe 30/08/2013.

proteção da vida humana contra o estado de necessidade? Isto é, que sentido há falar-se de devolução de quantias transferidas para se assegurar o mínimo existencial? Uma tal ordem de devolução, com todo respeito, desconsidera a tipicidade das verbas previdenciárias, bem como sua relevante implicação social. Impor a um necessitado a devolução do que consumiu para sua subsistência, ao argumento de que a ordem judicial (estatal) provisória se mostrava desacertada, como posteriormente restou compreendido, parece desafiar a realidade das coisas e a exigência de mínimo conteúdo ético que deve sustentar um Estado Constitucional de Direito".[11]

Talvez por conta desses protestos, mais recentemente a própria Corte Especial do STJ tenha estabelecido um relevantíssimo *distinguishing*, o qual provavelmente será mantido na vigência do CPC de 2015: *"Não está sujeito à repetição o valor correspondente a benefício previdenciário recebido por determinação de sentença que, confirmada em segunda instância, vem a ser reformada apenas no julgamento de recurso especial."* (EREsp 1086154 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, unânime, DJe 19/03/2014).

O STJ asseverou, em apertada síntese, o seguinte: ***a)*** a sentença, produzida em juízo de cognição exauriente e confirmada pelo tribunal gera para a parte autora a legítima expectativa de que será considerado titular do direito pleiteado, expectativa essa que caracteriza boa-fé; ***b)*** a própria Fazenda Pública Federal, por meio da Súmula n. 34 da AGU, reconhece a irrepetibilidade de benefícios previdenciários percebido por servidor público em virtude de errônea interpretação da lei pela Administração. Se assim ocorre, com razão ainda maior deve ser prestigiada a boa-fé do jurisdicionado quando o erro na interpretação da lei advém de dois órgãos do Poder Judiciário.

Temos que essa posição pode ser aplicada analogicamente aos casos de tutela antecipada determinando ao poder público o pagamento de verbas revogada somente na instância superior.

Por derradeiro, tem-se que o artigo 309 do NCPC traz à baila interessante situação. Sua redação acaba por não vedar a curiosa viabilidade de manutenção da proteção cautelar em sentença, a despeito de essa julgar o pedido do autor improcedente (note-se que a tutela concedida em caráter antecedente é que perde a eficácia em razão da improcedência do pedido principal, não a tutela cautelar concedida na própria sentença em que julgado o pedido principal).

Tal situação pode ocorrer – e já era chancelada sob égide da normativa processual anterior – em situações nas quais a sentença de improcedência pode gerar danos muito graves e imediatos, aliada à perceptível chance de o Tribunal modificar a decisão em testilha.

Há que se destacar, porém, que a manutenção da tutela cautelar dependerá de célere, expressa e fundamentada decisão do juízo *ad quem*[12].

11. SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. 5.ed. Editora Alteridade, item 9.4, p. 353.
12. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 320.

Note-se, ainda, que o legislador se esqueceu de prever que a improcedência do próprio pedido cautelar (na sentença) conduz à cessação da eficácia da tutela cautelar concedida em caráter antecedente.

Prosseguir-se-á, então à análise da interpretação dos requisitos infraconstitucionais da tutela de urgência à luz de ditames constitucionais – com especial destaque à necessária proteção da criança, do adolescente, do idoso e da pessoa com deficiência.

4. DA INTERPRETAÇÃO DOS REQUISITOS INFRACONSTITUCIONAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA SEGUNDO OS DITAMES CONSTITUCIONAIS, EM ESPECIAL, DA PROTEÇÃO À CRIANÇA, AO ADOLESCENTE, AO IDOSO E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Defensoria Pública da União, ramo federal da defensoria pública nacional, tem a particularidade de litigar quase que sempre contra a Fazenda Pública. Excluídas as demandas de natureza da trabalhista – onde a atuação da DPU infelizmente ainda se faz deficitária em razão da falta de estrutura e pessoal para tanto, fruto de décadas de descaso estatal sem que a instituição tivesse autonomia para agir, o que só recentemente ocorreu com a Emenda Constitucional n. 80/2014 – a esmagadora maioria das demandas de atuação da DPU se dá contra o estado *lato sensu* (União, empresas públicas federais, autarquias e fundações públicas federais). Em demandas de tutela do direito à saúde, a atuação extrajudicial e judicial da DPU ainda se dá inclusive em face das Fazendas Públicas Estadual e Municipal, sendo tais demandas em litisconsórcio com a União, dada a responsabilidade solidária preconizada pela Constituição Federal e há muito assentada e reafirmada pelo STJ[13] e pelo STF[14].

Muitas dessas demandas ocorrem perante a Previdência Social e consistem nos mais diversos benefícios (aposentadorias, pensões e benefícios de natureza assistencial).

A finalidade da previdência e da assistência social é remediar ou ajudar a superar situações que, produzidas por contingências sociais, criam problemas para o indivíduo. É próxima a relação da finalidade da segurança social com o princípio da imediatidade: para que o socorro seja verdadeiramente efetivo, é preciso que a ajuda se realize em tempo oportuno, pois do contrário perderia muito do seu valor. Afinal, conforme avisa Alfredo J. Ruprecht[15], "Se a resposta não foi imediata, a missão da Seguridade será cumprida de forma deficiente".

Nos feitos envolvendo a tutela do direito à saúde ou benefícios de natureza de natureza previdenciária, assistencial ou qualquer outro também de natureza

13. AgRg no REsp 1136549 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, unânime, DJ 21/06/2010.
14. ARE 639337 AgR / SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJe 15/09/2011.
15. RUPRECH, Alfredo J. Derecho de la seguridad social; ed. Buenos Aires: Zavalia, 1995, p. 81.

alimentar, a proteção deve operar imediatamente e amparar de pronto a pessoa agravada por uma contingência social, de maneira a lhe suprir a mais básica das necessidades, sob pena do Estado falhar na sua missão mais básica, a qual justifica a sua própria concepção e existência: garantir a todos o direito a uma vida digna.

Acrescente-se que a tutela antecipada é meio de justa distribuição do ônus da demora no processo, que não pode ser sempre suportado pelo autor, como preconizava o processo civil clássico. Luiz Guilherme MARINONI bem assevera que

> A tutela antecipatória constitui o grande sinal de esperança em meio à crise que afeta a Justiça Civil. Trata-se de instrumento que, se corretamente usado, certamente contribuirá para a restauração da igualdade no procedimento. Embora Chiovenda houvesse anunciado, com absoluta clareza e invulgar elegância, que o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo ele tem o direito de obter, e, ainda, que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, a doutrina jamais compreendeu, porque não quis enxergar o que se passava na realidade da vida, que o tempo do processo não é um ônus do autor.[16]

Trata-se de direito a adequada tutela jurisdicional que deve levar em consideração a natureza fundamental do direito pleiteado, bem como a situação de presumida urgência do autor: *"direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades de pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional"*[17].

Sobre a ideia de tutela adequada, aderimos TAMBÉM ao alerta muito bem feito pelo Juiz Federal José Antônio SAVARIS:

> Não é adequado considerar-se o sistema processual como um modelo ideal, como se a porção reservada ao estudioso fosse descobrir os princípios que informam o sistema, os princípios que influem para que ele seja assim, como se apresenta. Mais do que entender uma suposta lógica ideal do sistema, deve o investigador sondar eventuais imperfeições e, no quanto discernir as contradições do modelo jurídico com o senso de justiça em face da realidade, inspirado nos valores constitucionais mais fundamentais, propor-se a aperfeiçoá-lo em sua expressão instrumental à justiça e à pacificação social.[18]

Por essa razão, a doutrina defende a existência de diferentes procedimentos adaptados à natureza do direito e também à urgência da tutela, como leciona Kazuo WATANABE:

> É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferentes de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam as exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender as opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do devido processo legal.[19]

16. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23.
17. MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito a adequada tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 2001, p. 244.
18. SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 87/88.

Essas considerações se fazem necessárias porque as normas processuais infraconstitucionais que estabelecem os requisitos inerentes a tutela de urgência antecipada; como todas normas infraconstitucionais, devem ser interpretadas em consonância com os dispositivos constitucionais, e com o devido temperamento exigível em cada caso concreto, pois há normas constitucionais que especificam proteção mais intensa ao idoso.

O art. 230 da Constituição Federal **confere a família, a sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Essa proteção constitucional é regulamentada em âmbito infraconstitucional pelo Estatuto do Idoso Lei nº 10.741/2003 que, em seu art. 3º, dispõe que *"É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso,* ***com absoluta prioridade****, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".*

A "**absoluta prioridade**" a que alude o art. 3º do Estatuto do Idoso, por se calcar em princípio maior de proteção constitucional a esse segmento da população brasileira, demanda a interpretação dos requisitos infraconstitucionais da tutela antecipada com o devido temperamento, pois, como já dito, é regra basilar de hermenêutica jurídica que as normas processuais infraconstitucionais, como todas as leis, devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal e não o contrário.

Tratando-se da tutela dos direitos das pessoas idosas (idade igual ou superior a 60 anos) – as quais têm, **com absoluta prioridade**, na exata dicção legal – direito à vida, saúde, alimentação e, sobretudo, dignidade, interesses que certamente se sobrepõem ao interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública, até porque a demora do processo judicial causa ao autor prejuízo muitíssimo maior do que causaria a Fazenda Pública.

Outrossim, o art. 203, II, da Constituição Federal elenca como um dos objetivos da assistência **social o amparo às crianças e adolescentes** carentes. Assim, segue o artigo 207, elegendo como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, **com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comuni-

19. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 90.

tária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Esse dispositivo é reproduzido literalmente em nível infraconstitucional no art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

No caso das crianças e adolescentes, a "**absoluta prioridade**" é ainda mais intensa que no caso da proteção conferida aos idosos, eis que tal comando emana diretamente do texto constitucional (embora obviamente isso não signifique que crianças sejam mais importantes que idosos ou vice-versa), o que demanda a interpretação dos requisitos infraconstitucionais da tutela de urgência com o devido temperamento, pois, como já dito, as normas processuais infraconstitucionais, como todas as leis, devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal e não o contrário.

No mesmo prisma, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3° do art. 5° da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno, estabelece normas de status igualmente constitucional no que concerne a proteção às pessoas com deficiência, de modo que o novo CPC deve ser interpretado em consonância com tais diplomas normativos. Vale destacar, ainda, que a Convenção estabelece que **em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.**

Considerados todos esses prismas normativos, é preciso cuidado para que uma interpretação exclusivamente formalista dos dispositivos do novo CPC não venha a frustrar o objetivo das referidas normas de envergadura constitucional quanto a proteção destes grupos vulneráveis, sob pena de incorrer em flagrante violação ao acesso efetivo da justiça, indo em contramão aos preceitos das ondas renovatórias no processo civil, como observam os doutrinadores Mauro CAPPELLETTI e Bryan GARTH[20]: *"a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível, ao passo que a demora pode representar, ao final, a denegação da própria justiça."*

Como alerta de fechamento ao presente exame, a preciosa lição do Juiz Federal em Londrina Artur César de SOUZA a respeito da moderna leitura do princípio da imparcialidade do juiz, classificando-a em parcialidade negativa e positiva, em inteira consonância com os objetivos e princípios que orientam o novo CPC:

> O juiz não é neutro, muito menos imparcial, pois, conforme preconizam as ciências afins, ele está vinculado às suas concepções sociais, econômicas, culturais, psicológicas e ideológicas.

20. CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. 1988, p. 20/21.

> Na verdade, o postulado dogmático do juiz imparcial, na sua concepção clássica iluminista, é fruto de ultrapassadas e objetivamente criticáveis tendências formalistas vinculadas ao pensamento que pressupõe a existência no processo de um juiz 'eunuco' e totalmente 'asséptico', bem como ao princípio utópico e falacioso de que todos são iguais perante a lei. O juiz é um ser histórico e fruto de seu tempo. Ao mesmo tempo, as circunstâncias sociais, econômicas, culturais e psicológicas disseminadas perifericamente num determinado momento histórico da humanidade sugestionam a sua subjetivação, bem como seu comportamento no exercício da atividade jurisdicional.
>
> Não sendo o juiz neutro, muito menos imparcial, deve-se romper com essa visão meramente formalista e iluminista, sugerindo-se uma nova leitura para o princípio da imparcialidade do juiz. E essa leitura, com base nos fundamentos da filosófica, psicologia, epistemologia, sociologia está consubstanciada na diferenciação entre a parcialidade negativa e a parcialidade positiva do magistrado.
>
> Não se discute que a parcialidade negativa é perniciosa para o exercício de qualquer atividade estatal, inclusive para a jurisdição. As causas da parcialidade negativa legitimam as regras processuais (civis e penais) de impedimento e suspeição do juiz.
>
> Mas, ao mesmo tempo em que a parcialidade negativa deve ser banida, o sistema social contemporâneo reclama, na perspectiva humanística do processo, que o magistrado seja positivamente parcial.
>
> A parcialidade positiva é uma necessidade ética de um país de dimensão continental composto por uma sociedade pluricultural, complexa e prolixa, em que há grandes distorções econômicas e sociais.
>
> A necessidade de uma nova leitura do princípio/direito/garantia da imparcialidade do juiz não é fruto de um simples trabalho teórico acadêmico. Ela provém da percepção de que no limiar de um novo milênio, o que se observa até então é um lamentável paradoxo da trajetória humana ao longo da história. Se por um lado a humanidade atingiu nível de progresso tecnológico e científico jamais visto anteriormente, por outro se assiste à exclusão de milhões de seres humanos do processo de evolução social, convertidos em escravos da "lógica do mercado". Em síntese, presencia-se uma sociedade humana com imensa dose de injustiça social, e que reclama um "senso de igualdade material".
>
> O processo penal ou civil e a atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz no seu âmbito não estão a salvo desse paradoxo.
>
> Por meio do princípio da parcialidade positiva do juiz, as diferenças sociais, culturais, econômicas, étnicas, raciais etc. deixam de ser fatores neutros e extraprocessuais e passam a constituir critérios éticos materiais para a persecução de um processo, como dizem os italianos, *giusto e équo*.
>
> A parcialidade positiva tem por finalidade, além de recepcionar no âmbito da dogmática jurídica os postulados da filosofia crítica, da antropologia, da epistemologia e da psicologia, também humanizar o processo, mediante

a efetivação material dos princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, principalmente em seus artigos 1° e 2°, consistentes na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais e econômicas existentes entre as pessoas que compõem a relação jurídica processual. E a maneira de o magistrado reduzir essas desigualdades no processo jurisdicional seria, em primeiro lugar, reconhecer a efetiva existência dessa desigualdade material, e, em segundo lugar, determinar-se de acordo com o princípio da parcialidade positiva.

A verdadeira justiça, como já teve oportunidade de afirmar Fábio Conder Comparato não é cega, neutra, implacável e impassível. A verdadeira Justiça, muito pelo contrário, é sempre parcialíssima. Ela não se coaduna com equidistâncias formais nem se contenta com equilíbrio de circunstâncias.

A verdadeira Justiça deve, antes de tudo, reconhecer a existência concreta das diferenças sociais, econômicas e culturais das pessoas que compõem a relação jurídica processual, conscientizando-se de que essas diferenças podem, em determinadas circunstâncias, causar danos efetivos na persecução a um processo *giusto e équo*.

A verdadeira Justiça deve pautar-se no reconhecimento da exterioridade das vítimas que se apresenta transcendentalmente ao processo, para o efeito de introduzir no âmbito da relação jurídica processual penal ou civil uma ética material voltada para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana.

Portanto, os aspectos humanísticos, éticos e deontológicos na formação do magistrado requerem a sua libertação dos postulados dogmáticos que propugnam por uma subjetividade asséptica, a fim de que sua responsabilidade pré-ontológica no campo de relação jurídica processual esteja voltada para o "Outro", vítima transcendental de um sistema dominante.

Para a concretização desse postulado, o arquétipo de uma Justiça representada pela deusa Témis (a deusa da Justiça), com os olhos vendados, segurando em uma das mãos a espada e na outra uma balança em equilíbrio, deve adequar-se à realidade socioeconômica da América Latina. A venda da deusa da Justiça deve ser retirada para que se possa reconhecer no processo, a racionalidade do outro, a sua diferença sócio-cultural-político-econômica. A balança, diante da realidade latino-americana, deve ser desequilibrada, a fim de representar as desigualdades sociais, econômicas e culturais existentes num continente regrado por injustiças sociais. E a espada, por fim, deveria ser substituída por uma 'lupa' para que se possam avistar as concepções ideológicas que existem por detrás de um determinado ordenamento jurídico.[21]

21. DE SOUZA, Arthur César. A parcialidade positiva do juiz. *Carta Forense*. Disponível e acessado em 07/07/2016 no *site* http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/parcialidade-positiva--do-juiz/4214.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O privilégio à dignidade da pessoa humana e a observação das circunstâncias atinentes ao caso concreto são diretrizes irrefutáveis para a adequada utilização da tutela de urgência. Qualquer estudioso da seara jurídica, atento à doutrina, à jurisprudência e às modificações legislativas contemporâneas, pensaria nessas duas balizas como possíveis conclusões às quais chegaria o presente trabalho, apenas com a leitura de seu título.

A fim de tornar tais postulados mais palpáveis, o presente estudo norteou--se pela análise da tutela de urgência e de seu enfoque pelo NCPC.

À guisa de conclusão das considerações tecidas, inescapável expor a ótica da Defensoria Pública na efetivação de direitos.

A importância da Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado ganha ainda mais relevo a partir de dados numéricos apresentados por Virgílio Afonso da SILVA, o qual estima que 70% da população economicamente ativa brasileira possam ser beneficiários dos serviços prestados pela Defensoria Pública[22].

Ao contrário das demais carreiras, que se dedicam precipuamente ao conflito já instaurado, os Defensores Públicos têm como prioridade evitar a instalação da celeuma, inclusive contribuindo para diminuir o número de processos ajuizados e acumulados que congestiona a justiça brasileira.

Tal linha de atuação, por óbvio, quando acaba por ter de bater às portas do Poder Judiciário, tem na tutela de urgência, bem empregada e compreendida por todos os atores do cenário jurídico, inestimável instrumento para concretização de direitos.

Ainda que se verifiquem algumas imprecisões terminológicas, alguns passos que deveriam ter sido dados, mas estagnado permaneceu o legislador. É inegável o avanço do NCPC na seara, ao incorporar entendimentos doutrinários e voltar-se de forma extremamente pragmática ao difícil equacionamento entre celeridade e contraditório.

Espera-se que esta singela análise acerca do novo enfoque das tutelas de urgência contribua, ao menos, para evidenciar o quão imprescindível é a discussão acerca do relevante papel da efetividade da prestação jurisdicional – cuja falha é deveras sentida entre os hipossuficientes, público alvo da Defensoria Pública –, de modo a fomentar seu fortalecimento e crescimento.

6. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva.* São Paulo: RT, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça.* Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. 1988.

22. SILVA, Virgílio Afonso da. (Parecer) Convênio entre a Defensoria do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária, *Revista da Defensoria Pública*, vol. 4, n. 2, 167-183. 2011.

DE SOUZA, Arthur César. A parcialidade positiva do juiz. *Carta Forense*. Disponível e acessado em 07/07/2016 no *site* http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/parcialidade-positiva-do-juiz/4214.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado.* São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela.* 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito a adequada tutela jurisdicional.* São Paulo: RT, 2001.

RUPRECH, Alfredo J. *Derecho de la seguridad social.* Buenos Aires: Zavalia, 1995.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário.* 5.ed. Curitiba: Alteridade, 2016.

SAVARIS, José Antônio. *Direito Processual Previdenciário.* Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. (Parecer) Convênio entre a Defensoria do Estado e a OAB/SP na prestação de assistência judiciária, *Revista da Defensoria Pública*, vol. 4, n. 2, 2011.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: RT, 1987.

Capítulo XIII
FORMAÇÃO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO

FORMAÇÃO, SUSPENSÃO, INTERRUPÇÃO E EXTINÇÃO DO PROCESSO (ARTS. 312 A 317)

Roger Vieira Feichas

1. VISÃO GERAL DO PROCESSO

O NCPC prestigiou o uso dos *equivalentes jurisdicionais (*art. 3°, §3°) consistentes na conciliação ou mediação para obtenção da autocomposição. Sendo incabível a solução extrajudicial, permite-se a judicialização com o fim de se buscar uma sentença impositiva à vontade das partes.

Segundo Antônio Aurélio Abi-Ramia Duarte, *"vivemos um momento de excessivo demandismo judicial, motivado pelos mais diversos fatores, que vão desde o aumento da produção industrial até a formação cultural e social da nossa gente"1,* razão pela qual os meios extrajudiciais de solução de conflitos de interesses devem ser estimulados (art.3°,§3°).

Sabemos que a jurisdição é inerte e, através da sua provocação (art.2°), diante da frustração da solução extrajudicial de direitos, o autor deflagra uma pretensão inicial através de um juiz competente que analisará o uso escorreito do instrumento processual utilizado determinando, se o caso, a citação do requerido, através de um juízo positivo.

O acionado, de seu lado, após citado poderá ofertar sua defesa que, a depender do teor irá gerar *v.g.* a necessidade da nova manifestação do postulante, produção de provas e, finalmente, oportunizado esta dialeticidade, profere-se a decisão.

Este viés, no entanto, pode ser distinto, na medida em que, por ser o processo um fluxo procedimental com submissão a regras, tais subsunções podem deter

1. DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia. *Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais,* Editora JC, 1ª Edição, 2014, p. 37.

vícios sanáveis ou não, de forma a gerar, respeitado o contraditório (art. 10), oportunidade de correção ou extinção prematura, assim como inúmeros incidentes no seu percurso que podem gerar suspensão e a até mesmo sua interrupção.

Doravante, pois, estudaremos este caminho entre o rompimento da inércia jurisdicional, consistente na formação do processo, assim como as conjunturas que lhe causam suspensão, interrupção e, finalmente, o momento culminante consistente na sua extinção.

2. FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Consoante o NCPC, a petição inicial, como ato unilateral, permite a provocação da jurisdição e, tão logo protocolada a ação, considera-se proposta (art. 312)[2-3].

A partir de então, exsurge uma relação linear entre autor e juiz, nada obstante o dever de cooperação de todos os que possam intervir no feito (art. 6º)[4]. Neste andamento o autor já está sujeito a qualquer resposta judicial, inclusive prematura sem solução do processo, com análise do direito material em jogo seja total (art. 332) ou até mesmo o julgamento parcial de mérito (art. 356), fazendo fazer a fala de Daniel Amorim Assumpção Neves no sentido de que *'o processo, portanto, não precisa de citação para ser formado'*[5].

Nesta ótica vê-se que o Juiz também se obriga, por ter o dever de exarar pronunciamento judicial de forma geral à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e de modo específico seja para indeferir a inicial, para determinar a emenda, julgamento imediato ou citação do réu.

Determinado o chamamento processual do réu, a relação processual passa a ser angular, por entrelaçar os vínculos entre as partes e julgador, sem prejuízo dos eventuais terceiros intervenientes.

2. *"O artigo 312, do novo CPC estabelece um critério unívoco como demarcador do ato originário do processo: enquanto que, no regime anterior, vide art. 263, a propositura da ação ficava caracterizada pelo despacho pelo juiz, ou por sua distribuição, onde houvesse mais de uma vara, no novo regime a formação do processo dá-se com o protocolo da petição inicial, orientação que já era a dada pela jurisprudência, vide REsp 598.798/RS, relator ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma. do STJ"* (*in*, Marcio Félix Jobim, Novo código de processo civil anotado / OAB. - Porto Alegre: OAB RS, 2015.p. 254).

3. Enunciado n.º 367 do FPPC: *Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial.* (Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

4. *"O processo não deve ser encarado como uma luta de astúcia, no qual vence o mais esperto. Deve resultar da cooperação dos sujeitos processuais, cada qual atuando na sua respectiva posição, com vistas à construção do provimento jurisdicional. Atrelado ao dever de boa-fé processual, o princípio da cooperação é inserido no Código como potencializador do contraditório."* Donizetti, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado* (Lei nº 13.105/15): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73 / Elpídio Donizetti. - São Paulo: Atlas, 2015. P. 05)

5. *in, Manual de direito processual civil – volume único* – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016; p. 492;

Em síntese, a formação da relação processual inicia-se com a propositura da ação e completa-se, estabiliza-se, com a citação do réu.

Importante salientar que o despacho que ordena a citação e esta propriamente dita não se confundem, portanto, com o da propositura da *actio*, detendo cada um deles um conjunto de consequências processuais relevantes.

2.1. Estabilização do processo

Feita a citação, ou estabilizada a relação processual, não se pode aditar ou alterar o pedido e causa de pedir sem o consentimento do réu, além das exceções do art. 329.

De outro lado, com a efetivação do chamamento processual aflora a ocorrência da litispendência, torna a coisa litigiosa, constituiu-se o devedor e mora (art. 240), sem contar o efeito retroativo da interrupção da prescrição à data da propositura da ação.

Segundo dicção do art. 312, para o autor há litispendência a partir do protocolo de sua petição inicial, enquanto para o réu somente após a efetivação da sua citação (art. 240)[6].

Conquanto o autor não possa, a partir da citação, modificar unilateralmente o pedido ou a causa de pedir, o réu, apresentada a contestação, já não poderá alterá-la ou aditá-la, ainda que no prazo.

A proibição de alteração do pedido e da causa de pedir não exclui a alegação de uma causa superveniente. O mesmo vale para o réu, que pode, após a contestação, deduzir novas alegações relativas a direito ou a fato superveniente (art. 342, I).

Quanto às partes (elementos subjetivos da causa), de acordo com o Código, a sucessão só é admitida nos casos expressos em lei, quais sejam: ocorrendo a morte de qualquer das partes (art.110) ou a alienação da coisa litigiosa, sendo que, nesta última hipótese, há necessidade da concordância da parte contraria (art. 109, §1º).

Também é possível a alteração da parte na hipótese de ilegitimidade, caso o réu indique o sujeito passivo da relação discutida em juízo, o autor aceite essa indicação e promova o aditamento da petição inicial (art. 338)[7].

6. Enunciado 117 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *"Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário ativo, os efeitos no art. 240 são considerados produzidos desde o protocolo originário da petição inicial".*

7. A modalidade de nomeação a autoria, que figurava nos artigos 62-69 do CPC/1973, foi substituída por um novo ônus processual que o réu deverá observar quando da contestação. De acordo com os artigos 338-339 do NCPC o réu deve, ao alegar a ilegitimidade passiva, indicar o sujeito passivo da relação discutida, sempre que tiver conhecimento. Com tais dispositivos, foi extinta a nomeação à autoria como um procedimento de intervenção de terceiro, mas criou-se o ônus de indicação para o réu. Na linha da reforma, atendeu-se a simplificação do procedimento, o que por via de consequência torna mais célere o procedimento.

Ponto de realce também é o da competência já que o art. 43, segundo a doutrina de Elpidio Donizetti[8], "[...] *harmoniza-se com a previsão contida no art. 59 do NCPC, que fixa a competência pela prevenção através do registro ou distribuição da petição inicial e não mais segundo a data do despacho ou da citação válida (arts. 106 e 219 do CPC/73)*", sendo, assim, um outro elemento de estabilização a ser considerado. Agora, segundo o referido jurista *"O texto legal também sofreu ligeira modificação na expressão "em razão da matéria ou hierarquia", que foi alterada pela expressão "absoluta". Essa modificação aprimora a redação, abrangendo a impossibilidade de aplicação do princípio da perpetuatio jurisdictiones em qualquer caso de competência absoluta".*

3. SUSPENSÃO DO PROCESSO

Calhando a distribuição da ação seu desenvolvimento mira a composição definitiva. Deveras, pode surgir de o processo sofrer interrupções por inúmeros motivos. Nesse caso, a relação processual estagna-se, ocorrendo o que se denomina suspensão do processo, contrapondo-se ao princípio da duração razoável do processo, segundo os ditames da Constituição Federal no seu art. 5°, LXXVIII e do art. 6°, do NCPC.

Nada obstante a literalidade do art. 313, distingue-se suspensão de extinção. Na suspensão, verifica-se apenas a paralisação temporária da marcha processual, mas a relação jurídica processual continua a gerar seus efeitos.

Consoante a doutrina de Fredie Didier Júnior embora *"suspenso o processo, a coisa ou direito ainda é litigioso, permitindo a incidência do art. 109, do CPC9".*

Na extinção, seja com ou sem resolução de mérito, a relação processual desaparece, extinguindo-se também os direitos e as obrigações dela decorrentes. Destaque-se, no entanto, que no caso de análise de mérito pode haver execução da obrigação se verificado o não cumprimento voluntário, hipótese em que só será extinta a obrigação com o seu efetivo cumprimento. Daí o porquê de se destacar ser a suspensão algo inerente a qualquer rito procedimental.

As hipóteses da suspensão do processo estão contempladas no art. 313, sendo convencional na hipótese do inciso II e legal ou necessária nas demais.

Durante a suspensão, é defeso praticar qualquer ato processual, salvo atos urgentes, a fim de evitar dano irreparável (art. 314). Tratando de arguição de impedimento ou suspeição, as tutelas de urgência poderão ser requeridas ao juiz que substituiu o magistrado impedido ou suspeito (art. 146, §3°).

A suspensão do processo, mesmo a decorrente de convenção das partes é automática e inicia-se no momento em que se dá a ocorrência do fato, tendo a decisão que a declara efeito *ex tunc*.

8. Donizetti, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado* (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73 / Elpídio Donizetti. - p. 32 - São Paulo: Atlas, 2015.

9. JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*/ 17ª. Ed. - Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. v.1, p 737.

Quanto ao término da suspensão, é automático nos casos em que a lei, o juiz ou as partes fixam o limite da suspensão (incs. I, II, V e VII) e dependente de intimação judicial quando o termo for indefinido (incs. III, IV, VI).

O novel diploma não contemplou no seu art. 1.015 a possibilidade de a decisão interlocutória de suspensão ser objeto de controle via agravo de instrumento, salvo se proferida nas hipóteses do seu parágrafo único.

3.1. Suspensão do processo pela morte ou pela perda da capacidade processual (art. 313, I)

A morte e a perda da capacidade das partes (além de autor e réu) indicadas no inciso I são acontecimentos que têm influência na relação processual, provocando a extinção ou a suspensão do processo, daí por que são denominados fatos processuais, independendo, assim, de determinação judicial.

A morte da parte provoca a extinção do processo se a ação versar sobre direito intransmissível (art. 485, IX), a exemplo da de interdição. Versando a demanda sobre direito transmissível, se não for ajuizada a habilitação (art. 687 *et seq*), o juiz deve determinar a suspensão do processo e a intimação do espólio ou dos herdeiros para que promovam a habilitação. Caso não o façam no prazo designado, o juiz poderá extinguir o feito sem resolução de mérito (art. 313, §2°).

Uma hipótese a se diferenciar nos casos concretos é do *reconhecimento do direito* e o da *transmissão do direito*. Trata-se de situações parecidas, mas totalmente distintas. Um consumidor pode exigir judicialmente a realização de um ato cirúrgico e, de forma ulterior pode vir a óbito antes do julgamento. Assim, se o feito for extinto sob o argumento de ser intransmissível o direito, o plano de saúde poderá cobrar as despesas efetuadas até então do espólio, porquanto não houve reconhecimento do direito. Portanto, mister a inclusão no feito dos sucessores para a defesa de tal reconhecimento para convalidar, em termos de decisão judicial, as despesas até então suportadas pelo fornecedor.

No caso de falecimento do réu, o juiz intimará o autor para que este proceda a citação do espólio ou dos herdeiros. O NCPC permite que o juiz conceda ao autor um prazo que pode variar de dois a seis meses para a adoção desta providência (art. 313, §2°, I).

Na hipótese de morte do representante legal da parte, duas situações podem ocorrer: tendo a parte outro representante (pai ou mãe), dá-se a mera substituição; se a parte não tiver outro representante legal, o juiz deve nomear Curador Especial (art. 72, I) abrindo-se vista para a Defensoria Pública[10] aferir sobre sua atuação. Em ambas as hipóteses, a suspensão do processo é momentânea, apenas até a substituição do representante legal ou atuação do curador.

10. http://www.conjur.com.br/2015-nov-17/tribuna-defensoria-atuacao-defensor-curador-especial-efeito-endoprocessual.

No caso de morte do procurador de qualquer das partes, o processo é imediatamente suspenso, ainda que iniciada a audiência de instrução e julgamento, marcando o juiz o prazo de 15 dias para constituição de outro advogado. Se o autor não nomear novo mandatário no prazo assinado, extingue-se o processo. Se a inércia for do réu, o processo prossegue à sua revelia (art. 313, § 3º).

Importante salientar que a incapacidade do advogado também é motivo por tal hipótese de suspensão de ser arguida caso ela se verifique, assim como a perda da sua capacidade postulatória, conquanto não haja tal previsão. Nesses casos, aplica-se, por analogia, o disposto art. 313, § 3º, isto é, ocorre a suspensão imediata do processo e a intimação da parte para constituir novo advogado ou, tratando-se da Defensoria Pública, que haja designação para outro órgão de execução atuar.

A perda da capacidade processual das partes tem como consequência a suspensão do processo até a habilitação do curador, se houver; ou até a nomeação de curador especial, caso não haja algum investido na representação do interdito.

A suspensão sobre tal hipótese é automática com efeito *ex tunc,* consoante dicção do STJ no Resp. nº 270.191, sob a Relatoria do Ministro Peçanha Martins, *DJU* 20.09.2004.

3.2. Suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II)

As partes podem, respeitados os prazos peremptórios, convencionar a suspensão do processo pelo prazo máximo de seis meses, retomando automaticamente seu curso tão logo vença o prazo convencionado. A suspensão, nessa hipótese que não depende de motivação, não fica condicionada à aquiescência do juiz, conquanto dependa de despacho que ostenta a condição de ato vinculado.

Ponto a ser ressaltado no NCPC é a disposição contida no art. 190 no que tange a possibilidade de fixação de negócio jurídico processual que está sujeito ao prazo de 06 meses (art. 313, §4º). Como exceção, o art. 191, que prevê a possibilidade de fixação de calendário para a prática de atos processuais, podendo, assim, trazer hipótese de suspensão por convenção além do prazo legal (nada obstante a divergente sujeição a controle judicial neste ponto de extrapolação legal no que tange aos prazos peremptórios).

Afinal, segundo a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> "*A partir do momento em que o art. 139, VI, do Novo CPC permite ao juiz a prorrogação de todo e qualquer prazo, entendo que não existem mais prazos peremptórios, sento todos dilatórios. Dessa forma, a suspensão convencional será sempre admitida, ainda que pendente o prazo para a prática de ato processual*" (op. cit. pág. 498)

3.3. Suspensão do processo pela arguição de impedimento ou suspeição

Os motivos que determinam o impedimento e a suspeição são os elencados nos arts. 144 e 145.

O ponto de maior realce é a possibilidade de se declarar efeito suspensivo no incidente, que implicará na suspensão do feito com a migração da análise de qualquer pleito de cunho de urgência ao substituto legal (art. 146, §3º). À ausência do efeito a tutela provisória fica sob apreciação do julgador sob a qual recai a imputação de suspeição ou impedimento.

A suspensão do processo somente ocorre nos casos de arguição de suspeição ou impedimento do juiz. Tratando-se de incidente relativo à suposta parcialidade do membro do Ministério Público ou dos auxiliares da justiça, o processo não se suspenderá (art. 148, § 2º).

3.4. Suspensão pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas

Segundo Fredie Didier Jr., *"o inciso deveria referir-se à admissão do julgamento de casos repetitivos, gênero de que o incidente de resolução de demandas repetitivas é espécie.* É que também no caso de julgamento de recursos especiais ou extraordinários repetitivos haverá suspensão do processo (art. 1037, II). (op. cit. pág. 742).

Mas em termos específicos, proposto o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976), as ações individuais sobre o mesmo tema (questão de direito) serão suspensas na primeira instância até que o órgão colegiado competente no tribunal de justiça ou no tribunal regional federal decida a tese jurídica que ensejou a instauração do incidente. A decisão, por sua vez, vinculará a decisão dos juízes de primeiro grau sujeitos a jurisdição de tal estado.

Interessante é que se houver interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário com debate subjacente ao presente incidente, trate ele de questão constitucional ou infraconstitucional, o efeito de tal decisão será *erga omnes* (art. 987, §2º), assim como o desfecho dos mesmos recursos, mas sob a temática de repetitivos.

Tais temas conquanto parecidos são distintos, por terem especificidades de reconhecimento diversas para obtenção de efeitos *erga omnes,* fazendo valer dicção doutrinária acima mencionada quanto tratar-se de espécies diferentes de um gênero.

3.5. Suspensão em razão da dependência do julgamento de outra causa, de declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou de produção de prova (art. 313, V, *a* e *b*)

O aludido dispositivo trata de relação de prejudicialidade, sendo que o art. 313, V, *a,* estabelece a suspensão do processo em razão de questão que deva ser decidida em outro processo (externa).

Prejudiciais são questões de mérito que condicionam ou influem no julgamento de outra demanda. Assim, *v.g.* os embargos de terceiros são prejudiciais em relação ao pedido de bloqueio de dinheiro em conta-bancária que se descobre ser conjunta em sede de execução fiscal.

A prejudicial interna, evidentemente, não provoca suspensão do processo, uma vez que a sentença, nesse caso, apreciará conjuntamente a prejudicial e o litígio em si. A falsidade na assinatura de um ato constitutivo de uma empresa é prejudicial em relação ao pedido de execução fiscal, todavia, ainda que o juiz tenha de se pronunciar sobre essa questão na ação de embargos, não há suspensão do processo.

Entretanto, sendo a questão prejudicial objeto de outra causa, temos de fazer a distinção.

Havendo apensamento dos processos – é o que normalmente ocorre em razão da conexão, não há suspensão, porquanto a sentença, também nesse caso, julgará simultaneamente ambos os processos.

A despeito da prejudicialidade, ensejadora de decisões conflitantes, pode não ser possível a reunião dos processos, seja por que o juízo não é competente para ambos os feitos, seja porque se encontram eles em graus de jurisdição distintos.

O processo também deve ser suspenso quando a decisão não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo (art. 313, V, *b*).

De acordo com o art. 377, *caput,* a expedição de carta precatória ou rogatória suspenderá o curso do processo, no caso previsto na alínea *b* do inc. V do art. 313, quando, tendo sido requerida antes da decisão de saneamento, a prova nelas solicitada apresentar-se imprescindível.

Mesmo requerida na fase mencionada, a rigor não se pode falar em suspensão do processo. Embora a redação do art. 377, *caput*, indique a suspensão do feito, *"é preciso que o objeto da carta apresente-se como imprescindível ao correto deslinde do processo. 'Diligências fora do juízo da causa, não explicadas ou mal explicadas pela parte, ficarão a cargo do requerente, sem comprometer o desenvolvimento normal do processo'"*[11].

De qualquer forma, a carta requerida depois da decisão de saneamento, expedida sem previsão de efeito suspensivo ou devolvida depois de um ano, poderá ser juntada aos autos até julgamento final (art. 377, parágrafo único).

Registre-se, na oportunidade, que a arguição de incompetência não mais figura como expressa causa de suspensão do processo, tal como era no código revogado, vide art. 265, III. A razão da ausência deriva do fato de a arguição de incompetência não ser ofertada em peça apartada, constituindo-se agora em preliminar de contestação, conforme previsto no art. 64. Ocorrerá, no entanto, a suspensão em razão da arguição de incompetência, quando o réu protocolizar sua defesa no foro em que entender competente, faculdade concedida pelo art. 340, conforme disciplina o seu §3°.

11. THEODORO, Jr. Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

3.6. Suspensão por motivo de força maior (art. 313, VI)

Força maior, no sentido empregado pelo Código, é a razão que torna impossível o funcionamento do órgão jurisdicional, como, por exemplo, as greves, as catástrofes naturais, guerras e as revoluções, permitindo a superação da preclusão temporal em razão de justo motivo (art. 223, §1°).

Sob o crivo da legislação extravagante coaduna-se com a força maior uma crise sob o aspecto técnico, ou seja, indisponibilidade técnica do sistema que permite à luz do § 2°, do art. 10, da Lei n° 11.419/06 a prorrogação do prazo para o próximo dia útil seguinte à resolução do problema.

3.7. Outros casos de suspensão regulados pelo código (art. 313, VII)

Os embargos de terceiro, perante o NCPC deixaram de ter efeito suspensivo do processo principal, mas ainda persistem a incapacidade processual ou irregularidade da representação (art. 76), a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 134, §3°); suspensão pela chamada férias forenses (art. 220); a oposição proposta antes do início da audiência de instrução (art. 685, parágrafo único); o pedido de habilitação (art. 689); a existência de mediação extrajudicial ou de atendimento multidisciplinar nas ações de família (art. 694, parágrafo único); a oposição de embargos monitórios (art. 702, §4°); o reconhecimento de repercussão geral no recurso extraordinário (art. 1035, §5°) e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 1036, §1°) são algumas das hipóteses de suspensão que estão dispostas ao longo do Código.

3.8. Suspensão para verificação da existência de fato delituoso

Tal situação cunhada de *prejudicialidade externa* enfatiza que nada obstante não haver conexão ou relação de acessoriedade entre o processo de natureza cível e o criminal (art. 935, do Código Civil), se a decisão de mérito depender da verificação da existência de fato delituoso, pode o juiz determinar a suspensão do feito até o pronunciamento da justiça criminal (art. 315). Tal incidente apresenta divergência quanto sê-lo facultativo ou obrigatório. De qualquer sorte, se a ação penal não for proposta dentro de três meses contados da intimação do despacho que determinou a suspensão, o processo prosseguirá, cabendo ao juiz da causa (cível) examinar incidentalmente a questão. Caso a ação penal seja proposta no prazo indicado, o processo poderá ficar suspenso pelo prazo máximo de um não, findo o qual prosseguirá (art. 313, V, a e § 4°).

3.9. Suspensão no processo executivo

A suspensão no tocante ao processo de execução também encontra previsão no NCPC sendo inclusive, extensiva ao cumprimento de sentença.

As causas gerais se encontram previstas de forma mais ampla no seu art. 921 do que as do *códex* revogado.

Conquanto inerentes a este tipo de processo, a legislação permitiu um verdadeiro *diálogo das fontes*, como por exemplo no inc. I, do art. 921 que remete as previsões dos art. 313 e 315, fora as demais que guardarem compatibilidade.

Também traz no seu inc. II, a suspensão pela oferta de defesa específica, podendo sê-la parcial ou total, destacando que ainda nesta última hipótese poderá ocorrer a prática de alguns atos (art. 525, §7°). A dicção legal mostra que os requisitos são cumulativos e não basta a mera apresentação de embargos à execução

Além disso no que tange ao inc. III, que acentua a suspensão diante da não localização de bens penhoráveis ou insuficientes ao pagamento das custas (arts. 831 e 836), imperioso a realização da sua leitura à luz das Súmulas n° 150, do STF e n° 314, do STJ, além da previsão que reconhece a existência da prescrição intercorrente trazida no §4°, do art. 921, que acentua a fluência (*vide* §1°, do art. 921) de tal prazo em razão da suspensão superior ao prazo de 01 ano. Frise-se que tal reconhecimento, isto é, da ocorrência da prescrição, nada obstante possa ser conhecida de ofício, está sujeita ao contraditório, segundo o seu §5°.

Também estatui a suspensão diante da ausência de interessados na aquisição do bem constrito (inc. IV), assim como da moratória legal (inc. V), destacando que esta última restou vedada no que tange ao cumprimento de sentença (art. 916, §7°).

Além disso, nos traz à lume a suspensão diante do pagamento parcelado (art. 916, §3°), concessão de efeito suspensivo à impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, §6°) e aos embargos de execução.

O art. 922 trata da hipótese de suspensão convencionada entre as partes. Por certo o texto menciona ser o exequente quem concede o prazo e não o juiz, porque a execução tramita no interesse da satisfação do próprio, de tal modo poderá conceder o prazo que lhe for conveniente para o cumprimento da obrigação. Durante o prazo convencionado concedido não flui a prescrição quinquenal intercorrente, eis que este tem o condão de estender a exigibilidade, logo somente a partir do vencimento poderá haver o prosseguimento da execução e a partir da ausência de bens penhoráveis, a fluência de prazo prescricional intercorrente.

Das decisões interlocutórias proferidas em processo de execução cabe recurso de agravo de instrumento: art. 1.015, parágrafo único.

4. INTERRUPÇÃO DO PROCESSO

Além da crise no tramite processual inerente à suspensão, não se pode olvidar que código também trouxe previsões no sentido de se interromper sua dinâmica, trazendo, a reabertura do prazo para se praticar o ato processual.

Embora parecido com a suspensão tem-se, no entanto, que com ela não se confunde, justamente por reabrir a fluência do prazo na sua integralidade.

Um exemplo clássico é do *caput* do art. 1.026, que deixa expresso que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e mantém, nos moldes atuais, a interrupção de prazo para interposição de recurso. Ainda que o dispositivo não faça referência, como o art. 538, do CPC/73, é evidente que a interrupção do prazo recursal alcança as partes embargante e embargada.

No mesmo sentido é a disposição no art. 113[12], §2°, que permite via decisão judicial a limitação do litisconsórcio facultativo interrompendo-se o trâmite da ação com ulterior, adjetivado pela reabertura do prazo para oferta de defesa. Frise-se que da rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio caberá agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, VII.

4.1. Extinção do processo

A dinâmica do procedimento processual independente do rito eleito segue a uma só lógica: a ação provoca a jurisdição, que atua por meio do processo com vistas à composição definitiva do litígio.

Esse desfecho, no entanto, pode ser definitivo (com resolução de mérito – arts. 487, *et seq*) ou terminativo (sem resolução de mérito – art. 485, *et seq*), dependendo do caso. Em ambos os casos, o ato que põe fim ao processo denomina-se sentença, sendo que o recurso cabível é a apelação (art. 1009).

A extinção, considerada enquanto gênero pode dizer respeito a apenas parcela do processo, quando, a despeito de ter característica de sentença, será hostilizada via agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único) e, se o caso, via ação rescisória quando analisar o mérito na parte do capítulo que analisou o mérito, ainda que o feito não tenha sido concluído (art. 966, §3°).

Importante pontuar também que no tocante a coisa julgada, também hão de se esclarecer distinções. A sentença de mérito ou definitiva, com o esgotamento dos prazos de recursos, conduz à formação da coisa julgada material[13], isto é, à eficácia que torna imutável a sentença (art. 502)[14].

Já a sentença que põe fim ao processo – a rigor, mesmo na hipótese de '*extinção*', pode haver prosseguimento do feito para cobrança dos ônus sucum-

12. Enunciado n.º 10 do FPPC: *Em caso de desmembramento do litisconsórcio multitudinário, a interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da demanda original. (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu; redação revista no III FPPC-Rio).*

13. CONFIRMAR SE ENTRA ESSA NOTA

14. http://estadodedireito.com.br/eficacia/

benciais – sem resolução de mérito leva à formação da coisa julgada formal, cujos efeitos são semelhantes ao da preclusão, ou seja, impede a discussão das questões já decididas naquele processo, não tendo qualquer reflexo fora da relação processual extinta.

Assim, de forma detalhada, passaremos a ver as hipóteses extintivas em espécie.

4.2. Sentença terminativa

Nada obstante a relação processual entrelaçada entre juiz, autor e réu, exsurge de qualquer demanda a relação de direito material, entre aquele que postula e o que resiste.

Por assim dizer, quando o feito é encerrado atingindo apenas a parte processual, denomina-se a situação como extinção sem resolução de mérito, através de uma sentença terminativa que não comporta em seu desfavor ação rescisória.

Tal momento culminante pode ocorrer em várias ocasiões, a exemplo do indeferimento da petição inicial (art. 485, I), seja por ocasião das providências preliminares, colheita de provas e até na audiência.

O acerto do direito material, neste caso, fica indefinido, viabilizando a propositura de nova ação, porquanto a coisa julgada recaída sobre o *decisum* é de natureza formal, ressalvada a ocorrência da perempção e coisa julgada (art. 468 e §1º).

4.3. Hipóteses de extinção sem resolução de mérito

A provocação da jurisdição objetiva a composição do litígio, sendo as causas do art. 485, exceções, por implicarem na extinção do processo sem a solução do direito material.

O NCPC inova ao permitir, caso o Juiz venha a extinguir o processo sem resolução de mérito, seja até mesmo por ocasião da análise da peça inicial (art. 296 *c.c.* art. 331) que a parte recorra viabilizando que ele se retrate (efeito regressivo – art. 485, §7º), assim como dele exigir o contraditório (art. 317).

Diante disso, tratemos das suas hipóteses versada no NCPC.

4.4. Indeferimento da petição inicial (art. 485, I)

As causas trazidas que geram o indeferimento da petição inicial, que pressupõe sequer se tenha determinada a citação do réu, estão assinaladas no art. 330 e, de forma bem rápida podemos destacar a *inépcia da inicial, ilegitimidade da parte, ausência de interesse processual, não atendimento aos ditames do art. 106 e a própria emenda da peça de ingresso* (art. 321).

4.5. Paralisação do processo por negligência das partes (art. 485, II) e abandono da causa pelo autor (art. 485, III)

Embora a jurisdição seja inerte, o ato de provocá-la e estímulo do impulso oficial (art. 2º), não são absolutos, porquanto mister a concretização das diligências incumbidas às partes para o regular andamento.

O inciso II, do art. 485, prevê a extinção do processo em razão da paralisação do feito por mais de um ano, por denotar a negligência verdadeiro abandono da causa.

De outro lado o inciso III, regra o abandono da causa pelo autor (devendo se entender réu também), quando deixar de promover os atos e diligências que lhe competirem por mais de trinta dias. À esta semelhança, mas com resultado diverso, não se pode falar em abandono do autor, em inventário, falência, recuperação judicial, etc. porquanto nestes casos ocorre a destituição judicial do *múnus público* assumido.

O detalhe de suma importância é o de que em ambas as hipóteses exige-se a intimação pessoal da parte, *ex-vi-legis* do artigo, o que já era previsto no CPC/73, mas hoje se aceita com maior frequências, mormente pelo teor da Súmula nº 240, do Superior Tribunal de Justiça. Já na situação da extinção por abandono, ao depois da oferta da contestação, exige-se requerimento do réu (art. 485, §6º).

Nestes casos, diante da ausência do assistido, às vezes não localizado, acaba ficando ao alvedrio do Julgador.

O NCPC também traz medidas de implementação a efetividade na atuação pela Defensoria Pública neste ponto prévio à extinção do feito, ao passo que possibilita a intimação pessoal da pessoa atendida (via oficial de justiça) nos casos em que o ato processual dependa de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada (art. 186, § 2º) – *ato personalíssimo* -, mormente quando a eventual omissão possa implicar sanção, como se anteveê da Súmula nº 410, do STJ.

A regra se justifica pela dificuldade que possui a Defensoria Pública em manter contato com os seus representados erigindo uma espécie de *vulnerabilidade de comunicação* e, consequentemente em dar andamento ao trâmite processual sem o efetivo auxílio da parte assistida. E longe de tratar-se de um privilégio, visa a norma garantir equilíbrio na relação processual, aliás, um verdadeiro contraditório, segundo se dessume, de forma precisa, no artigo de Diogo Esteves ao acentuar:

> *"a nova regra processual não pretende instituir o servilismo judicial, mas apenas orientar a atuação do magistrado como agente colaborador do processo, permitindo que o acesso dos pobres à Justiça seja substancialmente assegurado, e a finalidade social do processo efetivamente perseguida"*[15].

15. http://www.conjur.com.br/2015-set-08/tribuna-defensoria-intimacao-pessoal-defensor-publico-parte.

E sob a visão de Felippe Borring Rocha:

> *"a Defensoria Pública tem sua atuação derivada da lei e não de um contrato firmado como o seu assistido. O Defensor Público, embora promova a defesa técnica-processual do assistido, não representa no sentido material, nem com ele mantém contato profissional direto. Por isso, a posição de Defensor Público não pode ser equiparada à do advogado privado, que trava contato estreito e pessoal com seu cliente, formado a partir de um vínculo de confiança decorrente da contratação (instrumento de mandato). Além disso, é preciso considerar não apenas o volume de causas patrocinadas pela Defensoria Pública e as suas limitações materiais, mas também as dificuldades inerentes à comunicação com as pessoas mais carentes. Portanto, na hipótese, é preciso aplicar a regra da proporcionalidade e da razoabilidade, para tratar de forma isonômica situações materialmente distintas (art. 8º, do CPC/2015). A conclusão a que se chega é que a intimação do Defensor Público não supre a intimação pessoal do assistido para a prática dos atos processuais personalíssimos, sob pena de vulneração do princípio do devido processo legal, no plano do contraditório efetivo (art. 5º, LV, da CF, e art. 7º, do CPC/2015)*[16].

Busca se fazer valer, assim, a igualdade processual material desejada no art. 139, I cumulado com o dever de prevenção contido no art. 10, afora o chamado, por analogia, ao *princípio da decisão informada*, segundo o qual deve se manter o jurisdicionado plenamente informado quanto ao contexto fático no qual está inserido (CNJ, Resolução nº 125/2010, anexo III, art. 1º, II).

A propósito e de forma lapidar ao descrever a rotina da atividade da Defensoria Pública, o Superior Tribunal de Justiça verberou a seguinte ementa:

> *"O princípio da igualdade reclama considerar a desigualdade dos fatos. Só assim, materialmente, ter-se-á isonomia. Aliás, não se pode deixar de ter em conta também o princípio da proporcionalidade. Sabido, infelizmente, a estrutura da Defensoria Pública não se confunde com a organização dos escritórios de advocacia. Em conseqüência, o funcionamento, quanto aos resultados, não é o mesmo. O defensor, ao contrário do advogado, não está em contato constante com o assistido. Aliás, há profunda diferença, para esse fim, entre assistido e cliente. Este tem atendimento personalizado. Aquele, tantas vezes, atendido por defensores diferentes, dado o acúmulo de serviço [...] A interpretação jurídica, teleologicamente, deve voltar-se para o sentido social da lei"* (STJ – REsp nº 130.054/RJ – 6ª T – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJ de 1/6/1.998, p. 198).

E confirmando nossa exegese veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. DOCUMENTO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA AÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL DE PARTE ASSISTIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. NECESSIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO. DESCABIMENTO. *Tratando-se de parte assistida pela Defensoria Pública, a intimação para a emenda da inicial, visando o cumprimento de exigência só realizável pelo próprio Autor, deve ser procedida na pessoa desta, e não ao Defensor que exerce o patrocínio da causa. Notório o fato de que a Defensoria Pública não goza da mesma disponibilidade dos advogados particulares, atuando, na maioria das vezes, sem muita proximidade de seus assistidos. Logo, no presente caso, a determinação de juntada de documento essencial à propositura da ação cumpre ser feita ao próprio Autor que, em última análise, é que sofrerá as consequências pelo indeferimento da inicial. Sentença cassada. Apelação provida.* (TRF-2 – AC: 160100 98.02.01927-5, Relator: Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORREA, Data de Julgamento: 20/06/2001, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJU – Data: 06/11/2001).

16. ROCHA, Felippe Borring. *Os impactos do novo CPC na Defensoria Pública: Intimação pessoal e prazo em dobro. in,* Defensoria Pública/coordenador José Augusto Garcia de Souza – Salvador: Juspodivm, out/2015, Pág. 277.

Espera-se, por dever de colaboração (art. 6º), que tal medida de apoio exsurja de forma subsidiária, ou seja, quando frustrada a comunicação direta entre o Defensoria Pública e a pessoa por ela atendida, mormente pela notória demora na realização dos atos processuais inerentes as comunicações.

E, finalizando, impende registrar que embora parte da doutrina mencione tratar-se tal situação de prerrogativa da Defensoria Pública, tem-se que com esta não se confunde, por se exigir lei complementar para tanto (art. 134, §1º), sendo o NCPC lei ordinária, de forma a se revestir, portanto, como uma medida de apoio à efetividade processual e do contraditório como viés de se garantir o devido processo legal.

Neste sentido, por sinal, a doutrina de Gustavo Augusto Soares dos Reis que de forma objetiva acentua ser:

> *"[...] fundamental que não admitamos aplicação subsidiária de legislação ordinária em matéria de organização da Defensoria, para que essa prática não se volte contra a própria Defensoria Pública; a não ser que tal legislação ordinária seja realmente necessária para desenvolver ou desdobrar determinada matéria [...] e desde que não contrarie a legislação complementar"*[17].

4.6. Ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 485, inciso IV)

Tais pressupostos versam sobre a validade do processo, podendo, como regra, ser sanáveis e, de certo momento podem ser apontadas por qualquer das partes. A falta de capacidade postulatória por exemplo pode ser sanada no prazo a ser fixado e, caso não o seja implicará na extinção do feito.

4.7. Perempção, litispendência ou coisa julgada (art. 485, inciso V)

Trata-se dos pressupostos processuais negativos. A litispendência (pode ser parcial) e a coisa julgada têm em comum a existência de outra ação idêntica (art. 337, 2º).

17. REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da Defensoria Pública.* – São Paulo: Saraiva, 2013, P. 304.

Imperioso salientar que em sede de tutela coletiva não se exige a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir) para que se reconheça a litispendência, mas tão-só a causa de pedir e pedido, por haver vários legitimados extraordinariamente.

A perempção quando o autor der azo à extinção do processo por três vezes com espeque no inc. III, do art. 485, ficando vedado de postular sobre o mesmo pleito, resguardando-lhe, no entanto, a alegar a matéria como defesa (art. 486, §3°).

Todas as hipóteses ventiladas devem ser preferencialmente alegadas em sede de contestação, podendo, ademais, o Julgador conhecê-las de ofício.

4.8. Ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 485, inciso VI)

O NCPC não enfatiza a existência de condição da ação mas o título requisitos de admissibilidade do processo. O não reconhecimento da falta de interesse implica na extinção sem resolução de mérito. Sobre a legitimidade extraordinária deve se ter o parâmetro de que a sua falta implica na não análise de mérito quando se trate, pois, de substituição processual e na legitimação ordinária, caso não aceita, na análise de mérito.

4.9. Convenção de Arbitragem (art. 485, inciso VII)

A inexistência de convenção de arbitragem prevista na lei n° 9.307/96, é requisito processual de validade do procedimento. Interessante destacar que o Julgador não pode conhecer de ofício sobre a sua existência – convenção de arbitragem (art. 337, §5°)[18,19,20], por se tratar de meio defensivo do acionado que, ao não argui sobre sua existência, implica na aceitação do juízo estatal (§6°, do referido preceptivo).

4.10. Desistência da ação (art. 485, VIII)

Trata-se de ato unilateral e possível de arguição por ambas as partes, porquanto o réu pode desistir da reconvenção ofertada.

18. Enunciado n.º 47 do FPPC: *A competência do juízo estatal deverá ser analisada previamente à alegação de convenção de arbitragem.* (Grupo: Arbitragem; redação revista no III FPPC-Rio).
19. Enunciado n.º 48 do FPPC: *A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência.* (Grupo: Arbitragem – enunciado aprovado por aclamação).
20. *Enunciado n.º 153 do FPPC: A superveniente instauração de procedimento arbitral, se ainda não decidida a alegação de convenção de arbitragem, também implicará a suspensão do processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.* (Grupo: Arbitragem).

Pode ser arguida até a prolação da sentença (art. 485, §5º), dependendo, ainda, do consentimento do réu, após da oferta de defesa. Para gerar efeitos ela depende de homologação judicial (art. 200, parágrafo único).

A desistência da ação, pelo autor, nos casos onde houver sido apresentada reconvenção, pelo réu, não obstará o seu prosseguimento. Nas situações onde haja litisconsórcio a desistência dependerá de anuência de todos os que tiverem apresentado resposta.

De forma excepcional a desistência da ação em sede de julgamento de casos repetitivos não depende do consentimento do réu (art. 1040, §3°), assim como na situação do incidente de resolução de demandas repetitivas, onde a desistência não impede a análise de mérito do incidente.

A desistência não se confunde com a renúncia, já que nessa o autor abre mão do direito material discutido, sendo que o juiz extingue o feito com resolução de mérito.

4.11. Intransmissibilidade da ação (art. 485, IX)

Nas hipóteses onde o direito almejado deter a feição personalíssima e intransmissível, no caso de óbito a extinção do processo é uma consequência natural. Sucede que se o direito foi sucessível, caberá aos herdeiros se habilitarem (art. 313, I c.c. art. 687).

Um consumidor pode exigir judicialmente a realização de um ato cirúrgico e, de forma ulterior pode vir a óbito antes do julgamento.

Assim, se o feito for extinto sob o argumento de ser intransmissível o direito, o plano de saúde poderá cobrar as despesas efetuadas até então do espólio, porquanto não houve reconhecimento do direito.

Portanto, mister a inclusão no feito dos sucessores para a defesa de tal reconhecimento para convalidar as despesas até então suportadas pelo fornecedor.

Pode haver também a transmissão parcial, tal como ventilado pela doutrina, segunda a qual, por exemplo, pode haver pleito de reintegração de posse de funcionário, o qual vem à óbito. Certamente a ação perderá objeto no que tange a reintegração, mas persistirá no que pertine a proteção patrimonial.

4.12. Demais casos previstos na lei

Afora as previsões concentradas do NCPC, este também previu situações diversas onde pode haver a dúvida sobre a extinção ou não do processo. A exemplo de citação de litisconsórcio (art. 116, parágrafo único), não comparecimento em audiência (Lei n° 5.478/68) de alimentos, etc., de forma a evidenciar não se tratar de um rol exaustivo, mas de acordo com a situação subjacente.

5. SENTENÇA DEFINITIVA

O art. 487 cuidas as hipóteses onde o Juiz soluciona o mérito da *quaestio*, através de uma sentença. Sua prolação não depende necessariamente do esgotamento de todos os atos do procedimento, por haver situações de abreviamento, a exemplo da ocorrência da revelia, homologação de convenção, e até mesmo o julgamento liminar da demanda.

O que importa para caracterizá-la é diagnosticar o acertamento do direito, consistente no acolhimento ou rejeição do pleito, mas sendo interessante ressaltar que o legislador contemplou situação onde não se examina o pedido propriamente dito, mas para se garantir o revestimento de autoridade de coisa julgada, a exemplo da prescrição cujo reconhecimento adquire a condição de definitiva.

Sua característica é mutável, porquanto em seu desfavor pode ocorrer recursos. Após, se silentes, a decisão ganha a aptidão de indiscutível coisa julgada, desfazendo-se o litígio por passar a prevalecer o conteúdo da decisão e não o ato ou fato discutido no feito.

Importante salientar que o NCPC inovou em termos legais e não de ocorrência, quanto a previsão do julgamento antecipado parcial de mérito[21] (art. 356), a exemplo do reconhecimento da prescrição de um dos pedidos cumulados (art. 354, parágrafo único)[22].

5.1. Hipóteses de extinção com resolução de mérito

As hipóteses trazidas pelo NCPC não trazem ineditismo, mas por implicarem obtenção da coisa julgada material, que impede a reabertura do debate, tornando definitiva a decisão, mister analisarmos suas nuanças.

5.2. Acolhimento ou rejeição do pedido formulação na ação ou na reconvenção (art. 487, I)

Esta é a hipótese por excelência, porquanto o julgador, ao depois de examinar as questões preliminares relacionadas aos pressupostos processuais e requisitos de análise de mérito, acolhe o pedido ou o rejeita, tornando-se apta à coisa julgada (após exaurimento dos recursos possíveis de ser manejados).

Interessante destacar que tal análise pode exsurgir diante da oferta da reconvenção, que segue a mesma abordagem do pleito aviado pelo autor da ação.

21. Enunciado n.º 103 do FPPC: *A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento.* (Grupo: Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória; redação revista no III FPPC-Rio).

22. Enunciado n.º 154 do FPPC: *É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção.* (Grupo: Coisa Julgada, Ação Rescisória e Sentença).

5.3. Decisão sobre a decadência ou prescrição

Cumpre ao direito civil estabelecer a distinção entre a prescrição e decadência (art. 332, §2°, II), assim como os prazos de uma e outra, sem prejuízo de uma visão interdisciplinar sobre o tema quando houver norma esparsa específica, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor.

Sua previsão decorre da necessidade de se garantir segurança jurídica a uma situação estabilizada pela superação do tempo e que merece encobrimento para gerar eficácia jurídica. Daí o porquê resolver o mérito e pôr fim ao processo.

O reconhecimento da sua ocorrência pode ocorrer no limiar da ação ou de forma posterior, assim como na fase recursal, sempre se respeitando o contraditório (parágrafo único, do art. 487).

O NCPC nos traz uma situação nova ao não impedir que as questões prejudiciais façam coisa julgada. Desta forma, se for arguido a ocorrência da prescrição aquisitiva consistente na usucapião, doravante, permitir-se-á, dentro dos próprios autos a sua cognoscibilidade com aptidão para obter a coisa julgada.

Afinal, o NCPC, além de extinguir a ação declaratória incidental prevista nos arts. 5°, 325 e 470 do CPC/73, expressamente permite que a coisa julgada material acoberte a resolução de questão prejudicial, desde que preenchidos os requisitos cumulativos dos §§1° e 2° do art. 503.

A esses requisitos previstos nos incisos I e II do §1° do art. 503[23] (somados também à competência do juízo em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão prejudicial como questão principal – art. 503, §1°, inciso III), deve-se acrescentar o do §2° do mesmo dispositivo, que diz não se aplicar o disposto no parágrafo anterior (não fazendo coisa julgada a decisão sobre a questão prejudicial, portanto) se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

A finalidade clara da nova regra ao exemplo mencionado é dar o máximo rendimento à atividade jurisdicional, evitando-se a rediscussão sobre a mesma questão jurídica e a prolação de futuras decisões eventualmente contraditórias.

Dessa forma, os limites objetivos da coisa julgada no NCPC, no exemplo mencionado da usucapião, devem ser enxergados a partir dessa nova ótica, analisando-se quais questões prejudiciais decididas expressa e incidentalmente obedeceram aos pressupostos do art. 503[24], §§1° e 2° do Novo Código, independentemente de provocação específica.

23. Enunciado n.º 165 do FPPC: *Independentemente de provocação, a análise de questão prejudicial incidental, desde que preencha os pressupostos dos parágrafos do art. 503, está sujeita à coisa julgada. (Grupo: Coisa Julgada, Ação rescisória e Sentença).*

24. Enunciado n.º 338 do FPPC: *Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória).*

5.4. Decisão homologatória nas hipóteses do art. 487, III, *a*, *b*, e *c*

No preceptivo em epígrafe o legislador declinou a transação gênero como trazendo especificidades nas suas alíneas do inciso III.

De logo, infere-se o reconhecimento da procedência do pedido (alínea *a*), o que pressupõe tratar-se de direito disponível (art. 841, do Código Civil) e que o réu (contestação) ou o autor (quando acionado via reconvenção), tenham poderes para fazê-lo (art. 105).

No caso da Defensoria Pública tal situação depende de expressa anuência da parte atendida e, havendo algum tipo de colidência de interesse entre o representante legal da parte, torna-se cabível sob o crivo da precaução, seja nomeado Curador Especial em prol da parte vulnerável. Para tanto, basta imaginar uma ação negatória de paternidade onde a representante legal o infante acionado manifeste o reconhecimento da procedência do pedido (art. 72, I), o que se mostra impossível por não se tratar de direito disponível e impedir a análise da ocorrência da paternidade socioafetiva.

Não se confunde confissão com reconhecimento jurídico do pedido, porque naquela se atinge somente os fatos que em regra serão dados como verdadeiros pelo juiz, enquanto que no segundo abrange-se todas as questões, em integral submissão do réu à pretensão do autor.

De outro lado, na alínea *b*, do inc. III do art. 487 exsurge a transação, consistente em verdadeiro negócio jurídico bilateral (art. 840, do Código Civil), através do qual as partes, e até mesmo terceiros a serem incluídos e temas diversos dos atrelados ao pedido inicial (art. 515, §2°), podem prevenir ou extinguir litígios mediante concessões mútuas.

Insta destacar que a força obrigatória da transação não depende da homologação judicial, mas da manifestação bilateral de vontades, servindo a chancela judicial apenas para findar o processo e revesti-la da condição de título executivo judicial.

Por se tratar de um negócio jurídico, cuja homologação judicial ocorre em respeito a autocomposição e não pela heterocomposição, nada obstante a aptidão a coisa julgada material, sua rescisão está sujeita a ação anulatória prevista no art. 966, §4°.

Finalmente, o legislador apontou a *renúncia* como via de possibilidade para homologação e consequente resolução do mérito. Tal situação assemelha-se à do reconhecimento jurídico do pedido, com a diferença de que a renúncia é a autor. É de bom alvitre ressaltar que se o réu reconvir, o autor, agora, no polo da resistência, também poderá renunciar. Por atingir o direito material, pressupõe, também, que ele seja expresso e o direito disponível.

6. CONCLUSÃO

O ciclo do presente estudo nos deixa claro que assim como num jogo, o processo incorporado pelo procedimento tem as suas regras predispostas para viabilizar a trilha para se alcançar o momento culminante, isto é, a sentença

Tal caminho, por estar revestidos de inúmeros requisitos escalonados além de fatos jurídicos que podem ocorrer, está sujeito a suspensão, interrupção, aborto processual sem resolução de mérito e do modo reverso (mérito) já no início da relação litigiosa.

O que importa extrair do NCPC é a perspectiva de que há manifesta primazia do mérito, ou seja, sempre que possível, ainda que haja nulidade no feito, o julgador deverá evitar extinção anômala, passando a analisar o mérito sob a perspectiva dos arts. 485 e 488.

Com isso, se evidencia um indicativo para uma nova cultura processual (art. 4° c.c. art. 139, IX), longe do formalismo excessivo e a adoção de técnicas que sobrelevam um julgamento rápido, justo e prático, inclusive em sede recursal (art. 932 c.c art. 938, 1° c.c. art. 1029, §3°).

Para tal mister potencializou-se o contraditório (art. 317 e parágrafo único, do art. 487), permitindo-se, ainda, juízo de retratação (art. 485, §7°)[25].

Portanto, muito mais do que as normas abordadas, o que importa para a efetivação do NCPC enquanto norma de centralidade na seara processual é a mudança cultural de todos os envolvidos nas relações processuais no afã de se prestigiar sempre a análise de mérito, garantindo-se a saneabilidade onde for possível para alcançarmos, a partir do acertamento de direito, a desejada segurança e tempestividade.

7. REFERÊNCIAS

DUARTE, Antônio Aurélio Abi-Ramia. *Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais*, Editora JC, 1ª Edição, 2014.

Donizetti, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado* (Lei n° 13.105/15): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73 / Elpídio Donizetti. – São Paulo: Atlas, 2015.

ESTEVES, Diego. *A intimação pessoal do defensor público e a intimação pessoal da parte.* Pesquisa: junho/2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-set-08/tribuna-defensoria-intimacao-pessoal-defensor-publico-parte>.

JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.* 17ª. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. v.1.

25. Fica feita a ressalva apenas em relação à retratação de sentença terminativa fundada no acolhimento de alegação de existência de convenção de arbitragem, que acarretará, inevitavelmente, na rejeição de sua alegação, o que nos termos do disposto no art. 1.015, III, dá ensejo ao recurso de agravo de instrumento.

Novo código de processo civil anotado / OAB. – Porto Alegre: OAB RS, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Manual de direito processual civil – volume único* – 8ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à lei da Defensoria Pública.* – São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Felippe Borring. *Os impactos do novo CPC na Defensoria Pública: Intimação pessoal e prazo em dobro. in,* Defensoria Pública/coordenador José Augusto Garcia de Souza – Salvador: Juspodivm, out/2015.

THEODORO, Jr. Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Capítulo XIV
MEDIAÇÃO

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO NO NOVO CPC

Fabio Schwartz

1. INTRODUÇÃO

A sociedade de consumo despertou após a chamada revolução industrial, iniciada na Inglaterra, que mudou a estrutura das sociedades modernas a partir do século XVIII[1].

Da luta inicial que se travava entre trabalhadores e patrões na era industrial, rapidamente o mundo conheceu uma nova zona de conflito. Na sociedade moderna, a briga central passa a ser pelo acesso aos bens de consumo, ante a grande desigualdade social que grassa no mundo neste período histórico[2].

Surge, então, a chamada sociedade de consumo, desenvolvida depois da Segunda Guerra Mundial nos chamados países de primeiro mundo[3]. A reboque desta nova realidade social começam a eclodir novos problemas, acirrando-se o jogo desigual entre consumidores e produtores.

Estes últimos detentores dos mandos de produção e concentrando grande poder econômico de um lado; de outro, os consumidores, em nítida desvantagem em relação aos fornecedores sempre ciosos na criação e imposição dos chamados contratos de adesão e de cláusulas e condições cada vez mais toldadas por suas vontades.

Tais deformações acabam contrapostas pelo surgimento do direito do consumidor, o qual veio para tutelar sujeitos desiguais. O direito privado que co-

1. SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor. Um Estudo sobre as Origens das leis Principiológicas de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 9.
2. *Ibidem*, p.10.
3. *Ibidem*, p. 13.

nhecíamos, forjado para proteger um sujeito racional, livre e dotado de totais condições de administrar autonomamente sua vida, não atende mais aos anseios sociais[4].

O *standard* individualista e patrimonialista que imperava no Brasil até o Código de 1916 precisou ser revisto. Desponta, assim, o chamado direito privado solidário, onde se insere o ramo "direito do consumidor", voltado para a valorização dos direitos humanos, mas consentâneo com a nova realidade social e econômica, cingido com uma nova roupagem, desta feita não com os interesses voltados apenas para o indivíduo, mas com foco precípuo no social[5].

Assim, pessoa digna deve ser entendida não só como a que é livre, mas, principalmente, igual do ponto de vista formal e material, o que só se alcança através da positivação progressiva dos direitos humanos, com o reconhecimento das desigualdades estruturais existentes e, a par disso, no desenvolvimento de uma proteção específica para os vulneráveis[6], seja do ponto de vista técnico, informacional, jurídico ou fático[7].

A despeito de todo arcabouço jurídico, os conflitos de interesses entre fornecedores e consumidores ainda são muitos e têm ajudado a abarrotar o poder judiciário com inúmeros processos judiciais. Se a ideia inicial do monopólio do Estado para pacificação social era a de evitar abusos no exercício da autotutela, fato concreto é que os fornecedores se encontram totalmente preparados e "armados" para o jogo processual, eis que, na maioria das vezes, são demandantes contumazes, diferentemente do consumidor que, via de regra, aventura-se apenas de forma eventual na defesa judicial de seus direitos.

4. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 22.

5. *Ibidem*, p. 24.

6. *Ibidem*, p. 129.

7. Conforme Cláudia Lima Marques a *vulnerabilidade técnica* advém, principalmente, da sofisticação que os produtos vêm galgando no mercado de consumo, tornando a vida do consumidor cada vez mais difícil, eis que impossível que este último conheça todas as características do bem ou sua real utilidade. Quem as conhece, domina e manipula é o fornecedor. Daí porque se diz que o consumidor, quase sempre incauto, com parcos conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que pretende contratar, pode ser facilmente iludido no momento de adquirir o produto ou serviço pretendido. Tal vulnerabilidade seria presumida em relação ao consumidor **não** profissional, porém excepcional, no que tange ao consumidor profissional. Como espécie da vulnerabilidade técnica, destaca Marques a *vulnerabilidade informacional*, a qual surge em razão da maior valorização das informações na sociedade atual. Assim, diante do déficit informacional cada vez mais gritante por parte do consumidor, propõe que o fornecedor deve envidar todos os esforços para compensar essa situação de desigualdade, fornecendo o máximo de informações possíveis, não só sobre a relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços a serem adquiridos. A *vulnerabilidade jurídica* (ou científica), por sua vez, é a que denota falta de conhecimentos jurídicos específicos e de outros pertinentes à relação de consumo, tais como contabilidade, matemática, financeira, econômica, sociológica etc. Dessa espécie de vulnerabilidade decorre o recrudescimento do dever do fornecedor de disponibilizar a maior gama de informações possíveis acerca do conteúdo de seus contratos, mormente em face da complexidade com que se apresentam hodiernamente. Por fim, mencione-se a *vulnerabilidade fática* que é a real, decorrente do grande poderio econômico do fornecedor, que, de um modo ou de outro, sempre se coloca em posição de superioridade. Também decorre da desproporção de forças do ponto de vista intelectual. (grifo nosso) (*in* Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 71).

Assim, a guarida judicial já não atende mais ao fim inicial de composição dos conflitos, representando, muitas vezes, verdadeira rendição do sujeito mais fraco, que não quer prosseguir na epopeia de discussões dialéticas enfadonhas, cristalizadas por meio de recursos e chicanas processuais infindáveis.

O próprio Poder Judiciário tem consciência do pântano que se tornou o processo, eis que na denominada meta II do CNJ, que ocupou grande cenário na mídia, alinhou-se ações e diretrizes com a finalidade de se diminuir de forma o estoque de causas antigas, em todos os segmentos da justiça – estadual, federal, justiça comum e especializada – que somavam no início do programa, em 2009, cerca de 70 milhões de processos. São mais de 25 milhões de causas ingressando todos os anos na justiça brasileira[8].

Não por outro motivo é que se fala, hodiernamente, em "crise da justiça" ou "crise do Poder Judiciário", já que o número de casos ajuizados aumenta em projeção geométrica sem que o Estado consiga dar respostas na velocidade adequada, esperada e até necessária[9].

A verdade é que a lide, que resulta de uma pretensão insatisfeita – ou seja, quando por algum motivo a declaração de vontade que um sujeito formula contra o outro não encontra guarida, ficando a exigência sem atendimento – representa, em última instância, a falência da capacidade de diálogo e negociação entre as partes envolvidas, que acabam recorrendo ao Poder Judiciário pelos mais comezinhos motivos[10].

Conforme anota Kirchner e Barbosa, "*recorrer primariamente ao Poder Judiciário certamente também é uma forma de incapacidade na gestão dos serviços públicos, os quais devem estar voltados, sempre que possível, ao exame do conflito originário e à devolução do poder de decisão às pessoas em conflito, como propõem os processos de mediação*"[11].

Não obstante, os métodos alternativos de solução de conflito e pacificação social podem e devem ser utilizados. É hora e vez de se abrir outras portas a fim de se alcançar a ordem jurídica justa em prol da própria sustentabilidade do Poder Judiciário, que não suporta mais a excessiva submissão ao seu crivo das crises nas diversas dimensões das relações sociais.

O Código de Defesa do Consumidor, sistema aberto por excelência, na sapiência de seu legislador, deixou a porta aberta para a busca da pacificação social pelo método não adversarial, ou seja, pelo método cooperativo, através do diálogo entre os sujeitos envolvidos na busca por uma solução ideal.

8. BARCELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20.

9. *Ibidem*, p. 22.

10. MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 125.

11. KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: CEAD/ENAN, 2014, p. 23.

Assim é que o CDC propugna, como princípio da política nacional das relações de consumo, a harmonização das relações de consumo, de forma a amainar os interesses aparentemente antagônicos das partes envolvidas, cuidando para que nenhuma delas seja subjugada pela outra. Assim, em última instância, os sujeitos envolvidos numa relação de consumo não podem ser vistos como antagonistas, mas como verdadeiros parceiros, que buscam o objetivo comum, que é a realização das legítimas expectativas criadas quando do início do relacionamento[12].

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a potencialidade da mediação para a resolução dos conflitos de consumo, bem como desvelar que a autocomposição representa, na verdade, a transformação social preconizada pelo Código, mormente quando prioriza além da harmonia das relações de consumo, a busca pela melhoria da qualidade de vida dos consumidores o que, obviamente, será alcançada quando este sujeito de direito puder ser encorajado, educado e, sobretudo, empoderado para solver, com altivez e autonomia, os conflitos de interesses eventualmente surgidos, sem ter que lançar mão de um processo judicial longo, complexo e dispendioso.

2. OS DIVERSOS MÉTODOS DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

A jurisdição estatal, que é exercida pelo Poder Judiciário, representa o chamado método adversarial de resolução de conflitos, também chamado de heterocomposição, ou seja, a atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso de forma a solucionar um conflito de interesses. Tal terceiro pode exercer não só jurisdição estatal, mas também jurisdição privada, como no caso da arbitragem[13].

Como visto, este método já se encontra esgotado, se apresentando como horizonte factível, conveniente e desejado o método de autocomposição, também chamado não adversarial, espelhado por condutas de cooperação e diálogo, materializado pela intervenção de um terceiro, conciliador ou mediador, que não imporá uma solução mas, ao revés, irá aplicar técnicas cujo objetivo útil será a obtenção de uma transação, ou seja, um acordo entre as partes, de molde a resolver o conflito de interesses[14].

A conciliação é a técnica não adversarial mais adequada à resolução de conflitos objetivos, oriundos de relacionamentos meramente circunstanciais que não se protraem no tempo, como no caso de um acidente de trânsito, em que as partes não se conheciam anteriormente[15].

12. SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor: Tópicos & Controvérsias.* Niterói: *Impetus*, 2013, p. 58.
13. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação.* 5ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.
14. *Ibidem*, mesma página.
15. DEMARCHI, Juliana. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASSA NETO (coordenação). *Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na prestação jurisdicional: guia prático*

Por sua vez, a mediação encontra aplicação quando o conflito necessita de maior aprofundamento, existindo uma relação contínua envolvendo as partes. Assim, as tratativas voltam-se, primeiro, ao relacionamento interpessoal, para só depois alcançar diretamente o problema. As abordagens são feitas dentro do princípio da confidencialidade, já que a confiança das partes é ingrediente fundamental para se alcançar epílogo satisfatório no processo de mediação[16].

Enquanto que na conciliação o profissional interveniente sugere diversas propostas de acordo, na mediação o profissional atua como facilitador de um diálogo direto entre as partes para que estas possam expor suas dificuldades e assim, mediante um estado de cooperação, encontrem por si próprias uma solução que não só resolverá o problema de forma objetiva, mas buscará uma verdadeira pacificação, resolvendo o conflito em seu âmago. Assim, o objetivo não é a rápida obtenção de um acordo, mas o alcance de uma efetiva reconciliação e reconstrução dos laços relacionais entre partes[17].

A resolução da pendência obtida por meio da mediação tem mais probabilidade de se conseguir um resultado eficiente, com a chamada barganha de interesses, de forma a se alcançar soluções integrativas que satisfaçam o maior número possível das necessidades de ambas as partes[18].

A mediação possui várias escolas de pensamento. Dentre elas destacam-se quatro escolas, a saber: a) **Modelo Tradicional-Linear de Harvard**, segundo a qual a mediação seria um desdobramento da negociação, baseada em um processo dividido em estágios, com o propósito de restabelecer a comunicação entre as partes e identificar os interesses encobertos pelas posições e, assim, arquitetar um acordo; o **Modelo Transformativo de Bush e Folger**, no qual, diferentemente do modelo harvardiano, não tem o acordo como principal objetivo, mas visa trabalhar os interesses e necessidades das partes e não somente a posição cristalizada do conflito, buscando o refazimento dos laços e, consequentemente, a obtenção de um acordo; e o **Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb**, segundo o qual a comunicação deve ser entendida como um todo no qual estão incluídas duas ou mais pessoas e a mensagem que se transmite. Inclui os elementos verbais (o conteúdo) e os paraverbais (corporais, gestuais e etc.). Assim, ao tomar a comunicação como um todo, as partes, consequentemente, irão se comunicar; **Mediação avaliadora ou avaliativa**, na qual o mediador, após seguir várias etapas, procurando soluções oriundas dos próprios interessados, oferece, ao final, sua opinião com o objetivo de facilitar a realização de um acordo[19].

para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.

16. *Ibidem*, p. 59.
17. *Ibidem*, mesma página.
18. SOUZA NETO, João Baptista de Mello. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo.* 2ª Ed. São Paulo: Altas, 2012, p. 33.
19. BARCELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 88.

Todos são métodos de gestão de conflitos, sendo certo que no Brasil, infelizmente, prepondera a cultura de se entregar nas mãos de um Juiz a tarefa de decidir todo o tipo de lide, em parte pela comodidade e, por outra banda, por desconhecimento ou até mesmo pela pouca difusão dos outros métodos alternativos. Tudo em total desprezo pelos inconvenientes intrínsecos a um processo judicial, tais como: a destruição das relações interpessoais; solapamento da confiança, impossibilitando uma solução futura que exija algum tipo de cooperação entre as partes; supressão forçada de problemas, ceifando a possibilidade de solvê-los de forma perene; morosidade; imprevisibilidade do resultado; dispendiosidade; excesso de protagonistas; publicidade do conflito etc. [20].

Não por acaso o CNJ, em 2010, editou a resolução 125, a qual, dentre várias diretrizes, estatuiu caber ao Judiciário "*estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação*".

Por tudo até aqui exposto, conclui-se que urge a necessidade de se incentivar métodos que transformem antagonismos em convergências, mesmo que, necessariamente, não implique tal processo em concordâncias. Assim, fato concreto, é que o meio adversarial, com todo seu ritual procedimental, dificulta e até mesmo impossibilita o diálogo, não servindo mais como forma genuína de pacificação social, mas mera entrega da sorte nas mãos de terceiros, culminando com o conformismo forçado do "perdedor" com o resultado.

O grande desafio do século XXI passa a ser a abertura de novas portas. Elas estão aí, à disposição, bastando que giremos a maçaneta para encontrar um universo que, embora novo, contempla um potencial exuberante para uma atuação ao lado do Poder Judiciário, na busca pela tão árdua e difícil tarefa da pacificação social.

Segundo Cappelletti[21], a Terceira Onda Renovatória do Direito Processual deve ter seus esforços levados a efeito fora da esfera jurisdicional, posto que existem diversas outras formas para a concretização dos processos de heterocomposição, notadamente, a mediação, objeto deste estudo.

Estamos vivenciando, nas palavras de BACELLAR, a quinta onda de saída da justiça, a qual, muito mais do que solver os milhares de processos que estão em andamento em todo o país, encontra derradeiro desafio a permanência e a ampliação do leque de opções colocadas à disposição do cidadão, todas direcionadas à solucionar seus conflitos de forma alternativa e adequada[22].

20. FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 52.
21. CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense nº 318 pp. 123/124.
22. BARCELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 21.

O acesso formal à justiça se tornou insuficiente. É preciso garantir ao cidadão o acesso à *ordem jurídica justa*, compreendida não só como a existência de um ordenamento jurídico robusto de promessas, com regulação à exaustão das atividades individuais, mas, sobretudo, a distribuição legislativa justa dos direitos e faculdades substanciais[23].

Nas palavras de PINHO "É preciso, pois, a adoção de uma política de racionalização na prestação jurisdicional. [...] É mister amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo"[24].

Assim, para a garantia da ordem jurídica justa é preciso, antes de tudo, que se garanta ao cidadão a plena informação, com perfeito conhecimento de seus direitos e, porque não, deveres, através da educação em direitos. Cônscio de seus direitos e deveres é preciso, ainda, que se propicie oportunidade de escolha das alternativas existentes para encaminhar solução adequada dos conflitos. Sem que se deem as informações, propiciando a educação em direitos e garantindo caminhos alternativos, não é possível falar em ordem jurídica justa.

A ideia de acesso à justiça, por certo, é integrada pela garantia de conhecimento e utilização pelo cidadão dos meios alternativos de resolução dos conflitos, os quais devem ser exercidos por meio de profissionais inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da realização da ordem jurídica justa.

3. A MEDIAÇÃO COMO LEGÍTIMO INSTRUMENTO PARA COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO

Inicialmente é preciso deixar bem frisado que o Brasil alçou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental, introduzindo um dever inarredável de proteção do sujeito vulnerável por parte do Estado (art. 5°, XXXII da CRFB/88[25]), utilizando a expressão "Estado" de forma genérica, o que significa que o comando constitucional dirige-se a todos os Poderes Constituídos, e não somente ao Poder Legislativo, por exemplo.

Demais, a utilização do vocábulo "defesa", não deixa dúvida acerca da parcialidade do Estado neste processo, já que defender é um ato ativo de efetiva proteção a um sujeito que foi institucionalmente reconhecido como o elo mais fraco e, portanto, benemérito de especial e necessária guarida, ante a sua condição de vulnerável.

Ora, se estamos diante conflito de interesses entre sujeitos absolutamente desiguais, configura-se a atuação proativa na defesa do consumidor verdadeira linha de conformação, por parte da Constituição brasileira, com o ideal Aristo-

23. *Ibidem*, p. 41.
24. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e ponderações*. Revista do Senado, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 232.
25. Art. 5º, XXXII: *O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

télico de igualdade, na medida em que se tratam os desiguais desigualmente na exata medida de suas desigualdades, buscando a igualdade material (substancial) entre os sujeitos envolvidos na relação de consumo.

O artigo 170 deixa indene de dúvida que a ordem econômica deve estar necessariamente fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e ter por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para tanto, estatuiu princípios a serem obrigatoriamente observados, sendo certo que qualquer prática que seja adversa a esta ordem estabelecida será institucionalmente inconstitucional[26].

Dentre tais, a Constituição logrou, em seu art. 170, V, instituir a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica, limitando, assim, o exercício da iniciativa privada que, desde então, deve focar a instituição de um capitalismo que busque a maximização da satisfação do consumidor, e não somente dos lucros.

Logo, o lucro não é mais bem-vindo se desacompanhado de efetiva qualidade dos produtos e serviços oferecidos. Não se admite a busca frenética apenas pelo desenvolvimento econômico quantitativo mas, sobretudo, qualitativo, de forma que o processo produtivo se desenvolva de maneira contínua com o objetivo de alcançar a genuína satisfação das legítimas expectativas criadas nos seus destinatários.

Atento a tal realidade, o Código de Defesa do Consumidor estatuiu, logo em seu art. 4°, uma série de princípios que são os nortes da Política Nacional de Relações de Consumo. Além do inciso III, que propugna pela harmonização das relações de consumo, como já dito, com o objetivo de forma a amainar os interesses aparentemente antagônicos das partes envolvidas, de molde a que nenhuma delas seja subjugada pela outra, é preciso destacar o objetivo de estatuído no inciso IV, que é o de promover a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo, ou seja, com intento de evitar que situações de desrespeito e deslealdade não se repitam[27].

O que o Código propõe, em última instância, é um exercício de cidadania com via de mão dupla, já que conflitos intermináveis, sem a necessária reflexão e solução do problema na origem, minam a qualidade das relações e, obviamente, abalam o bem-estar dos consumidores.

Assim, parte-se do princípio de que os interesses dos atores da relação de consumo são complementares e não antagônicos, esperando-se comportamentos recíprocos de cooperação e lealdade a fim de se atingir o objetivo comum, que é a manutenção da relação contratual e não sua prematura extinção[28].

26. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 29.

27. SCHWARTZ, Fabio, op. Cit., p. 58.

28. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: RT, 2008, p 78.

Embora a norma consumerista seja indubitavelmente protetiva, tal escopo não é incompatível com os meios não adversariais de composição de conflitos. Ao contrário, é necessário que se facilite a comunicação entre os sujeitos envolvidos, de forma que, ao invés de digladiarem em uma feroz disputa, se proponham a refletir acerca das questões controvertidas, buscando as interseções dos interesses e, por si sós, encontrem opções mutuamente satisfatórias.

E esta é exatamente a principal faceta da mediação, a qual, por intermédio de técnicas e ferramentas que propiciam uma abordagem mais aprofundada dos conflitos, culmina com a ressignificação destes, contribuindo para a cultura da paz e da inclusão social. Ou seja, valorizando caminhos para a superação das crises relacionais por meio do diálogo e da transformação de comportamentos, com vista a alcançar a paz social[29].

Há que se alertar que a paz, em verdade, não significa simplesmente ausência de conflitos, mas uma mudança dos processos de como se trabalha esses embates para se alcançá-la. Ou seja, ao invés de se alimentar e potencializar os conflitos, necessário que se busque uma senda positiva, dinâmica e participativa, na qual se favoreça o diálogo e o entendimento, de molde que as lides sejam tratadas num espírito de compreensão e cooperação mútuas[30].

A Lei 13.140/2015, que estabelece o marco regulatório da mediação, define-a como "*a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*" (artigo 1°).

A mediação se apresenta então como ferramenta capaz de se efetivar a pacificação social através da educação, de forma a se desenvolver a cultura da longanimidade, promovendo uma efetiva inclusão social no sentido de que os mediandos sejam participantes da construção de uma solução justa para o conflito, valorizando-os como seres humanos e dando-os a oportunidade de atuarem como protagonistas, dentro de suas autonomias de vontades, com pleno exercício de sua cidadania.

Fato concreto é que, numa lide judicial, a situação do consumidor é de extrema vulnerabilidade, já que em meio a uma disputa, com recrudescimento das posições e o acirramento dos ânimos, decerto o fornecedor leva grande vantagem, diante de sua expertise em demandar, além de todo o suporte técnico que sua superioridade econômica lhe proporciona. Portanto, o ideal é que os envolvidos num conflito de consumo possam buscar, prioritariamente, o entendimento pela via consensual.

Neste sentido, destacamos as colocações de BONATO e DAL PAI MORAIS, de que "(...) *a obtenção da verdadeira harmonia somente será alcançada quan-*

29. SAMPAIO, Alice Maria Borghi Marcondes. In GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Coordenadores) *Mediação no Judiciário: Teoria Prática*. São Paulo: EDU/Primavera Editora, 2011, p. 77.

30. SALES, Lilia Maia de Morais. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 134.

do a sociedade, como um todo, conseguir se autoajustar, haja vista que o Poder Público jamais conseguirá abarcar no aparato repressivo todas as situações que cotidianamente surgem np mercado de consumo"[31].

Seguindo esta esteira, destaca-se a norma do inciso V do mesmo dispositivo citado, o qual preconiza que o Estado deva incentivar a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo pelos fornecedores, deixando entrever que a relação de consumo não pode ser vista como um jogo, no qual a parte mais forte a todo tempo tenta subjugar e prejudicar o elo mais fraco.

Não obstante, há que se observar que não se pode impor ao consumidor sua submissão à mediação extrajudicial. A utilização do instrumento de autocomposição deve se materializar de forma voluntária, respeitando-se a autonomia de vontade das partes. Assim, não é possível a instituição de cláusulas, em contratos de adesão, que estabeleçam a sujeição forçada a um procedimento de mediação, sendo certo que se tal ocorrer, a cláusula deverá ser considerada nula de pleno direito, com aplicação analógica do inciso VII do art. 51 do CDC.

Novidade digna de aplauso, trazida pela Lei 13.140/2015, está contida no artigo 46, o qual dispõe que "*A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo*". A mediação eletrônica deve e pode ser incentivada, sendo que a previsão acima vai ao encontro de experiências de sucesso, tais como o portal consumidor.gov.br. Trata-se de uma plataforma tecnológica de informação, interação e compartilhamento de dados, monitorada pelos Procons e pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que tem possibilitado a solução alternativa de conflitos de consumo por meio da internet, permitido a interlocução direta entre consumidores e fornecedores.

Outrossim, o Poder Judiciário tem demonstrado intensa preocupação em obter êxito mediante a utilização dos meios alternativos de pacificação social, operacionalizando os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, destacando-se os Centro Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Não obstante, neste particular, importante que, seguindo o espírito do CDC, preconizado no seu art. 5°, sejam criados Centros especializados, exclusivamente voltados para a seara consumerista, sendo certo que a criação de equipamentos com atribuições genéricas não alcança o objetivo do legislador de se disponibilizar instrumentos profissionais qualificados, de molde a garantir o equilíbrio das relações de consumo.

Somente através de uma atuação especializada, com o envolvimento de técnicos e agentes conscientes da condição de vulnerabilidade do consumidor,

31. BONATO, Cláudio; DAL PAI MORAIS, Paulo Valério. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 55.

é que se evitará o temor de muitos de que haja renúncia e desrespeito ao direito material envolvido. A norma do CDC objetiva, claramente, obter maior êxito na efetivação dos direitos dos consumidores por intermédio de indivíduos conhecedores do Código e íntimos com a temática.

Não sendo assim, é forçoso concordar com a advertência de NEVES de que:

> "*a se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado há alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera. O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em desprestígio evidente do Estado Democrático do Direito.*"[32]

A visão acima destacada, a despeito da carga excessivamente pessimista, de fato não pode ser desconsiderada, caso não seja garantida a prestação de serviços mediante pessoal treinado e com conhecimento direcionado, de forma a outorgar aos jurisdicionados não só uma tutela célere, mas principalmente, de boa qualidade.

Observados os princípios e cautelas inerentes às relações jurídicas de consumo que, como se sabe, caracteriza-se pela presença de uma parte vulnerável, avulta-se como meio célere e eficaz para resolução dos conflitos. Passados um quarto de século da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, já se concebe que a mentalidade tenha se modificado, sendo certo que os bons fornecedores começam a se cotizar da necessidade de proteger o seu consumidor daqueles que não agem com correção e lealdade.

4. A MEDIAÇÃO NO NOVO CPC E O FILTRO CONSUMERISTA

Diante de tudo até aqui exposto, alvissareiras as perspectivas, mormente após a promulgação do Novo Código de Processo Civil, o qual expressamente, logo em seu art. 3°, §3°, estabelece que "*A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*".

Por sua vez, em seu art. 139, V, o Código pontifica que: "*O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;*".

Também, no art. 165, prevê que "*Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição*".

32. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 31.

Outrossim, conforme a norma contida no artigo 334[33], o réu, doravante, não será mais citado apenas para responder aos termos das alegações alinhavadas na petição inicial. Com a nova disposição, será intimado – caso não tenha sido a petição inicial rejeitada liminarmente – para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, sendo certo que somente se restar infrutífera qualquer destas modalidades de autocomposição, ou se for protocolizado pedido de cancelamento da audiência por desistência de qualquer das partes, é que o prazo de 15 dias para oferecer a contestação começará seu termo inicial (art. 335[34]).

Não obstante, no parágrafo 2° do artigo 2° da Lei 13.140/2015, ficou assentado que *"ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação"*. Tal redação sensivelmente diferente da que continha o PL 7.169/14, o qual dispunha, no parágrafo 1° do artigo 2° que *"ninguém será obrigado a submeter-se*

33. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
§ 1° O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
§ 2° Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
§ 3° A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.
§ 4° A audiência não será realizada:
I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.
§ 5° O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
§ 6° Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.
§ 7° A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.
§ 8° O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
§ 9° As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.
§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.
§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.
§ 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

34. Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;
II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;
III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

a procedimento de mediação". Assim é que a submissão à mediação se constitui verdadeira condição de prosseguibilidade da ação (salvo quando qualquer das partes manifesta desinteresse em fazê-lo), reservando-se às partes o direito à saída da fase de mediação, a qualquer momento, relegando a sorte da lide à decisão do juiz.

O não comparecimento do autor ou do réu, de forma injustificada, à audiência de conciliação ou mediação, quando estes não sinalizam pelo seu desinteresse em sua realização, caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, sendo sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Registre-se que, para haver a aplicação de tal sanção, imprescindível que as partes tenham sido previamente advertidas, tal qual consignado no Enunciado 273 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, com o seguinte teor: *"Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334,* §8°, sob pena de sua inaplicabilidade".

Trata-se de importante mudança de paradigma, já que o Código deixa claro seu objetivo primaz de – abandonando o reforço das posições antagônicas – buscar a solução consensual do litígio de forma prioritária e quase que obsessiva, de modo a tentar desmontar uma característica cultural do povo tupiniquim, pouco inclinado a buscar soluções alternativas de resoluções de conflito.

O estabelecimento de sanção, para o caso de não comparecimento injustificado das partes (art. 334, §8°), não deixa dúvidas acerca da nova dimensão e importância dada pelo Código aos instrumentos de autocomposição. Apenas deve ficar pontuado que, antes da aplicação da referida sanção, deve ser garantida manifestação prévia da parte.

Outrossim, ainda que seja arguida a incompetência do juízo (relativa ou absoluta), o que suspenderá a realização da audiência (art. 340, § 3°), superado o percalço legal, o juízo definido como competente deverá designar nova data para a realização de conciliação ou mediação (§ 4°), sendo certo que a autocomposição deve sempre ser buscada, não importam os acidentes processuais do caminho.

Assim é que o Novo Código incentiva a mediação, seja na modalidade extrajudicial, seja a judicial, sendo certo que o procedimento poderá ser prévio, ou até mesmo incidental. Importante mesmo é sempre se observar os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, conforme a norma contida no art. 166.

Neste particular, sobressaem os princípios da independência e o da imparcialidade. O primeiro está a indicar que o mediador deverá exercer seu múnus livre de influências ou pressões, sejam internas ou externas. Na seara consumerista, este princípio é recrudescido pela vulnerabilidade do consumidor, dado o poderio econômico de muitas empresas, mormente as que atuam na seara dos

serviços regulados, as quais não se fazem de rogadas em sobrepor seus mandos de produção, pressionando inclusive magistrados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público.

Causa estranheza que a Lei 13.140/2015, a chamada Lei da Mediação, não tenha elencado em seu art. 2° o princípio da independência, embora tenha reiterado todos os demais constantes do CPC, acrescendo, contudo, o princípio da boa-fé. Ora, é fundamental, mesmo fora das causas consumeristas, a inexistência de qualquer conflito de interesse capaz de afetar a credibilidade do mediador e da condução do processo de mediação.

Os fornecedores, litigantes habituais, tendem a tecer todo tipo de sedução a fim de cooptar os agentes envolvidos na pacificação dos conflitos, de forma a tentar sensibilizá-los com suas teses. Logo, os técnicos envolvidos na prestação deste serviço devem ser blindados de todo tipo de influência que possa recrudescer a vulnerabilidade do consumidor. Conforme leciona Claudia Lima Marques e Bruno Miragem, a vulnerabilidade pode ser entendida como "*um estado da pessoa, um estado inerente de risco, ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado*"[35]. Portanto, impende o incremento do princípio da independência de forma a se evitar qualquer tipo de favoritismo ao fornecedor, o que feriria de morte outro princípio, desta feita do da imparcialidade.

Este princípio também merece maior reforço no âmbito das questões consumeristas, já que, pelos mesmos motivos acima expostos, o poderio econômico dos atores envolvidos pode ser fator de influências deletérias, comprometendo a atuação do mediador, o qual poderá pender para uma das partes, induzindo o vulnerável a uma solução que não atenda às finalidades do conflito que se apresenta.

A imparcialidade, entendida como a necessária equidistância do mediador com as partes envolvidas, evita qualquer tipo de paradigma, preconceito, mito, expectativa, valores ou que necessidades pessoais do agente interfiram em sua intervenção ao longo do processo.

Neste passo andou bem o CNJ ao estabelecer, no inciso IV do art. 1°, Anexo III da Resolução 125/2010, o dever de os agentes atuarem com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, impondo, ainda, a vedação de que os mesmos aceitem qualquer tipo de favor ou presente. Trata-se de cuidado essencial para se formatar um ambiente favorável à autocomposição.

Previsão que merece detida análise é a contida no §4°, inciso III do art. 334, a qual dispõe que ao juiz não é dado designar audiência de conciliação ou mediação quando não se admitir a autocomposição. Assim, a pergunta que se faz é, estando o Código de Defesa do Consumidor revestido de normas de ordem pública e de interesse social, como compatibilizar a mediação com a aludida disposição?

35. MARQUES, Claudia Lima e MIRAGEM, Bruno. O Novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 33.

Ora, é cediço que as normas de ordem pública – também chamadas de imperativas, cogentes, coercitivas ou taxativas – se contrapõem às normas dispositivas, típicas de leis que regem relações entre sujeitos iguais e que, portanto, podem decidir pela derrogação de seu comando contratualmente.[36]

Entretanto, conforme bem pondera GRECO "*A rigor, qualquer causa comporta a autocomposição, porque [...] esta não implica, necessariamente, transação, nem exige que ambos os interesses em conflito sejam disponíveis*". Assiste total razão o autor, na medida em que tanto na conciliação, quanto na mediação, poderá haver desistência da ação ou mesmo reconhecimento do pedido, ou parte dele, pelo fornecedor. Em qualquer destes exemplos, não há que se falar em desrespeito[37] às normas cogentes de ordem pública do CDC[38].

O princípio da autonomia de vontades não foi eliminado por completo, mas apenas relativizado pelo Código de Defesa do Consumidor, com vistas a uma maior proteção a parte vulnerável da relação contratual. A vontade continua essencial e importante à concretização dos negócios jurídicos, bem como nas fases anteriores e posteriores à formação do vínculo, mas sua força foi amainada. Em outras palavras, o espaço para a autonomia da vontade foi restringido, posto que o papel dominante pertence à lei, com a grande carga de intervencionismo que a mesma carreia.

A despeito disso, não se tem dúvidas acerca da aptidão para que tais ferramentas resolvam, com menor custo e duração, os conflitos que se avultam na sociedade massificada em que vivemos, diminuindo, assim, a entrada e o tempo de giro de milhares de ações judiciais movidas individualmente.

Diante de tudo até aqui exposto, já é possível imaginar um início promissor da caminhada pela libertação de um sistema paternalista, no qual o Poder Judiciário se apresenta como porta de acesso apenas formal à justiça, visualizando-se uma nova senda, que proporcione solução adequada dos conflitos dentro de uma ordem jurídica justa, a partir da percepção do cidadão, lhe garantindo efetivo protagonismo e o devido sentimento de pertencimento e inclusão social[39].

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise do Judiciário não é uma mera retórica dos bancos acadêmicos, mas uma realidade que bate à nossa porta. O caminho da judicialização dos conflitos encontra-se saturado, não havendo como se sustentar a médio e longo prazo.

36. SCHWARTZ, Fabio, op. cit., p. 11.

37. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil, Volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

38. Aliás, a Lei 13.140/15, a chamada Lei da Mediação, estatui logo em seu art. 3º que "*pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*".

39. BACELLAR, Roberto Portugal, op. cit., p. 26.

Caminhos alternativos de solução de conflitos devem ser trilhados, sendo certo que os métodos de autocomposição das lides devem ser incentivados, de molde a se arrefecer a cultura demandista que vigora no país, o que, decerto, importará na racionalização da utilização dos recursos públicos.

A mediação se apresenta como excelente instrumento para atuar de maneira complementar à atividade jurisdicional, sendo certo que o cidadão precisa e deve ter a seu dispor outras portas para se alcançar solução adequada dos conflitos nos quais se vê envolvido na vida de relação.

Embora a norma consumerista seja indubitavelmente protetiva, tal escopo não é incompatível com os meios não adversariais de composição de conflitos. Ao contrário, é necessário que se facilite a comunicação entre os sujeitos envolvidos, de forma que, ao invés de digladiarem em uma feroz disputa, se proponham a refletir acerca das questões controvertidas, buscando as interseções dos interesses e, por si sós, encontrem opções mutuamente satisfatórias.

Apenas deve-se alertar para a observância de algumas cautelas, com reforço aos princípios da independência e da imparcialidade dos mediadores, de forma que o poderio econômico dos mandos de produção não influencie o atuar destes, recrudescendo a vulnerabilidade dos consumidores.

Não obstante, força é concluir que a potencialidade da mediação na seara consumerista é enorme e não pode ser desprezada, devendo tal ferramenta ser estrategicamente otimizada no seio do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNCD), como forma de promover a cidadania e verdadeira inclusão social.

6. REFERÊNCIAS

BARCELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONATO, Cláudio; DAL PAI MORAIS, Paulo Valério. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos atuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense nº 318, p. 124.

DEMARCHI, Juliana. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASSA NETO (coordenação). *Mediação e gerenciamento do processo: Revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2013.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2012.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil, Volume II*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: CEAD/ENAN, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O Novo Direito Privado e a Proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora RT, 2012.

______________; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor.* São Paulo: RT, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *O Novo CPC e a Mediação: Reflexões e ponderações*. Revista do Senado, Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 232.

SALES, Lilia Maia de Morais. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SAMPAIO, Alice Maria Borghi Marcondes. In GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Coordenadores) *Mediação no Judiciário: Teoria Prática*. São Paulo: EDU/Primavera Editora, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*. 5ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor: Tópicos & Controvérsias*. Niterói: Impetus, 2013.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A Construção do Direito do Consumidor. Um Estudo sobre as Origens das leis Principiológicas de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. 2ª Ed. São Paulo: Altas, 2012.

CAPÍTULO XV
PROVAS

REFLEXÕES SOBRE A PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Cirilo Augusto Vargas

1. INTRODUÇÃO

Decantado em prosa e verso pela doutrina nacional e estrangeira, o tema efetividade da tutela jurisdicional desperta opiniões jurídicas frequentemente destoantes. José Roberto dos Santos Bedaque (2007, p. 49), em estudo específico sobre a matéria, pontuou que "Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material".

No que concerne ao atual Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015), cuja vigência se iniciou em 18 de março de 2016, o trabalho da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto mirou alcançar efetividade, especificamente, por meio da celeridade processual. É o que se extrai da parte introdutória da Exposição de Motivos, da lavra do Ministro Luiz Fux (2010, p. 7-8):

> É que, aqui e alhures, não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: "justiça retardada é justiça denegada" e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.
>
> Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

As razões invocadas pela comissão não surpreendem. A morosidade do sistema judiciário é apontada, por exemplo, como óbice ao bom funcionamento das instituições bancárias instaladas no país. Segundo pesquisa organizada por Armando Castelar, intitulada *Judiciário e Economia no Brasil* (2009, p. 118),

Os bancos reclamam da morosidade da justiça e se sentem vulneráveis às posições de alguns juízes, que consideram viesadas em favor dos devedores. A reação dos bancos tem se dado de duas formas. De um lado, eles têm procurado criar instrumentos que reduzam sua vulnerabilidade ao mau funcionamento da justiça, acelerando o resgate de garantias e facilitando a cobrança de dívidas. São exemplos a alienação fiduciária e a cláusula-mandato. De outro lado, elevam os *spreads* bancários de forma a compensar o aumento do risco e dos custos decorrentes das práticas judiciais. De acordo com os bancos consultados, esse aumento dos *spreads* gira em torno de 10 a 30%.

A doutrina ainda aponta o interesse econômico de agentes internacionais como uma justificação subjacente aos elementos que permeiam o CPC/2015, tais como rapidez, técnica de padronização decisória e vinculação a precedentes. Para Alexandre Bahia (2012, p. 28),

É importante lembrar que reformas semelhantes às efetuadas no Brasil vêm ocorrendo nos vários países da América Latina, pressionados por órgãos como o FMI e o Banco Mundial, cujos postulados são por medidas que garantam o funcionamento do Judiciário de modo a atrair investimentos dos mercados internacionais – e não, necessariamente, decisões "corretas" ou grande acesso.

Independentemente da meta legislativa, o texto final divide opiniões: de um ângulo sustenta-se que a lei promoveu aumento dos poderes do juiz, em decorrência da uniformização e da padronização decisória (BAHIA, 2012, p. 29). Vozes contrárias proclamam que o CPC constitui verdadeiro "Código dos advogados",[1] na medida em que impõe aos juízes encargos desmesurados.

Fato é que o legislador, logo no art. 1°, assumiu expressamente o compromisso de adequar as normas contidas no CPC à Constituição da República de 1988. Para tanto, delineou deveres (aparentemente inovadores) para o magistrado, a exemplo da obrigação de assegurar às partes o contraditório material ou dinâmico (art. 10) e de se submeter a balizas para fundamentação decisória (art. 489, §1°). *Tais encargos já eram prescritos pelo Constituinte.* Verificamos, então,

1. Termo extraído do sítio eletrônico da Anamatra - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Em 2015, a citada entidade de classe, juntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), formulou pedido de veto à Presidente da República, em relação aos artigos 12, 153 e 942, além dos parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 489 e do parágrafo 1º do artigo 927, todos do novo CPC. Em nota pública, declarou a Anamatra que "Essas e outras 'inovações', impostas a fórceps, de uma só canetada, a toda a Magistratura nacional, sem o necessário amadurecimento de mecanismos de democratização dos procedimentos de uniformização de jurisprudência no âmbito dos tribunais superiores, regionais e estaduais, não colhem a simpatia da Magistratura do Trabalho, como tampouco deveriam colhê--la de qualquer cidadão minimamente cônscio das necessárias aptidões democráticas do Poder Judiciário. Por isso, e apenas por isso, a ANAMATRA pediu – e segue pedindo – o veto aos referidos preceitos do NCPC, já amplamente conhecido como o 'Código dos advogados'. Que diga, agora, a Presidência da República" Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/]. Acesso: 5.10.2017.

no Código, tendência legislativa regulamentadora (e não inovadora) que, todavia, acabou gerando certa irresignação no meio judicial.[2]

Convém perquirir se o anteprojeto do CPC/2015 foi objeto de satisfatório debate e reflexão por parte da comunidade jurídica brasileira, de maneira a "legitimar democraticamente as soluções" apontadas na lei. Segundo o magistério de Fernando Gonzaga Jayme (2002, p. 139), a resposta é negativa. Esclarece o professor da UFMG que

(...) apesar da absoluta inexistência de diagnósticos prévios, a balizarem o projeto do novo CPC, nos deparamos com declarações esotéricas do presidente da comissão de juristas, Ministro Luiz Fux, no sentido de que a aprovação do projeto reduzirá em até 50% o tempo de tramitação de processos. Ora, pronunciamento desse jaez carece de razoabilidade, pois não há, no Brasil, pesquisa que tenha apurado o tempo de duração dos processos.

Alexandre Bahia (2012, p. 28), ao afirmar que o legislador brasileiro possui uma "eficiência seletiva" – eis que "a maior parte das reformas do processo visou celeridade e eficiência quantitativa, fundadas em propostas de mercado" –, aponta de maneira categórica a "ausência, no Brasil, de pesquisas (sólidas) sobre quais são os problemas reais da Administração Judiciária".

Dados objetivos sobre o custo de manutenção do nosso Sistema de Justiça (DA ROS, 2015, p. 4) indicam que "o orçamento destinado ao Poder Judiciário brasileiro é muito provavelmente o mais alto por habitante dentre todos os países federais do hemisfério ocidental" (1,3% do PIB) e, paralelamente, que a proporção de 8,2 magistrados por 100.000 habitantes do Brasil (superior à da Inglaterra – 3,8 – e próxima à proporção verificada nos Estados Unidos – 10,8) "não destoa da maioria das nações e que, portanto, dificilmente explica a disparidade observada nas despesas". Falta, nesses termos, proporcionalidade entre o investimento público na máquina judiciária e o tempo de tramitação dos processos judiciais. Tal constatação revela a lucidez da opinião do professor Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 98), externada há quase uma década, acerca da deficiência crônica que se almeja solucionar via alteração legislativa:

O que, então, se pode exigir, de imediato, para tornar realidade o preceito fundamental proclamado no inciso LXXVIII do art. 5° da Constituição? É algo muito simples e que dispensa grandes reformas da legislação e mesmo maiores elucubrações teóricas da doutrina. Basta que os serviços judiciários e os seus operadores sejam revistos, reorganizados e preparados para cumprir, com fidelidade, os procedimentos, prazos e diligências tal como os disciplinam os Códigos e leis processuais em vigor. No direito positivo já se acham previstos poderes que, uma vez exercitados pelos agentes do Poder Judiciário, são mais do que suficientes para que os processos, de uma maneira geral, tramitem e se encerrem dentro dos ditames da duração razoável e sob os

2. Cf. o teor do Enunciado nº 31 da Escola Judicial do TRT da 10ª Região. Optou-se, no caso, por tangenciar a aplicabilidade do art. 489 do CPC ao Processo do Trabalho. Disponível em: [http://escolajudicial.trt10.jus.br/portal/]. Acesso em: 2.10.2017.

designios do princípio da economia processual, tal como preconiza o art. 5°, inc. LXXVIII, da Constituição.

O tempo dirá se o anseio da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto, qual seja, "tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere", será concretizado por meio de reformulação normativa tão ambiciosa e abrangente, e qual será o seu impacto sobre a democracia brasileira. Nosso objetivo é analisar criticamente algumas mudanças legislativas introduzidas no campo das provas, sendo este um ponto nevrálgico do Processo, já que é pela atividade instrutória que as partes litigantes exercem *poder de influência* sobre o provimento jurisdicional (art. 369 do CPC).

2. PROCESSO, JUSTIÇA E VERDADE

Processo é procedimento discursivo de origem constitucional (regido pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia) por meio do qual se garantem "direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional". (CATTONI, 2000, p. 165). No Brasil, como não foi adotado o modelo norte-americano de provimento de juízes pelo voto popular, sustentou-se a legitimidade da jurisdição na sua suposta qualidade de "função pacificadora", servindo o processo como "meio efetivo para a realização da justiça" (GRINOVER *et al*, 2008, p. 43). Reputamos anacrônico tal entendimento.

Por ser ideológica, "a ideia de justiça traduz os interesses dos grupos detentores do poder e é utilizada para a manutenção dessa relação de poder". (AGUIAR, 1995, p. 21). E mais:

> A noção subjetiva do justo não condiz com a democracia, porque qualifica sociedades, condutas e homens como bons ou ruins, legitimando a repressão e o arbítrio como formas idôneas de manutenção de qualquer ordem política ou econômica. (...) A justiça torna-se o respaldo da segurança, o sinônimo das ações arbitrárias que aparecem para manter uma ordem supostamente justa. Assim, nos defrontamos com o tríptico da justiça do opressor: a justiça, a ordem e a segurança do Estado. (AGUIAR, 1995, p. 21)

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais (oriundas de órgão que não é escolhido pelo detentor da soberania – o povo) decorre não da sua capacidade de realizar a justiça social e assegurar o bem comum, mas de uma "legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática". (RIBEIRO; SCALABRIN, p. 64). Dentro da linha de raciocínio exposta, é difícil sustentar, de um lado, que o "objetivo supremo do processo" seja a "efetivação da justiça" (independentemente do sentido que se atribua ao termo) e, de outro lado, que "não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade". (BARROS, 2002, p. 22).

Qual é o conceito científico de prova? A finalidade precípua da prova é atingir a verdade ("material" ou "formal")? E, por mais exauriente e bem conduzida que seja uma instrução processual, o resultado dos trabalhos pode revelar a verdade dos fatos ao juiz?

Sobre o significado do termo "prova" no CPC, André Cordeiro Leal e Vinícius Lott Thibau (2016, p. 100-102) argumentam:

> Ao reproduzir os equívocos e indistinções de que padece o Código de Processo Civil de 1973, um dos pontos mais obscuros do Novo CPC talvez esteja no tratamento que dispensa ao instituto da prova. Vê-se que a prova ora é entendida como meio (arts. 369, 370 e 372), ora como atividade (arts. 373, 374, 376 e 379) ou como resultado (art. 371), a despeito de, em qualquer dessas significações, estar sempre destinada à formação da convicção judicial sobre a verdade dos fatos afirmados e negados no procedimento.

No que tange à obtenção da verdade via instrução processual, o legislador consignou expressamente que "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa". (art. 369).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares (2011, p. 352) são enfáticos ao destacar que "Provar não tem relação direta com a verdade" e conceituam prova como "somatório de meios necessários para permitir o convencimento do juiz sobre determinada questão de fato". Interessantíssima é a colocação de Michele Taruffo, reproduzida por Aury Lopes Júnior (2012, p. 538), pertinente ao Processo Penal, porém útil ao desenvolvimento do nosso raciocínio. Para o processualista italiano,

> Além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para "fazer crer" que o processo penal determina a "verdade" dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Na mesma esteira de raciocínio pontifica Hermes Zaneti Jr. (2004, p. 338), ao sustentar que "A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida". Segundo ele,

> O que se obtém é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável. Este juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à certeza com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em um patamar de certeza jurídica. Com efeito, a doutrina é uníssona ao apontar que "(...) como a certeza absoluta é sempre inatingível, precisa o operador do sistema conformar-se com a probabilidade, cabendo-lhe a criteriosa avaliação da probabilidade suficiente".

O que está ao alcance do juiz é apenas a reprodução dos fatos pretéritos transcritos nas alegações das partes (naturalmente tendenciosas) e depurados pelo contraditório. Não obstante, o CPC/2015 trabalha com o modelo de julgador "descobridor da verdade", figura consagrada expressamente no art. 378,

segundo o qual "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade". Esbarra-se, aqui, em um ponto criticado pela doutrina: o mito da "verdade real" (ou "primazia da realidade", aplicável ao Direito do Trabalho). Felipe Martins Pinto, em sua obra *Introdução crítica ao Processo Penal* (2016, p. 179), faz digressão histórica sobre o tema e ensina o seguinte:

> A verdade real assumiu na Inquisição a condição de finalidade da atividade processual e se sedimentou como um dos eixos estruturantes do processo inquisitório, uma vez que fornecia o estofo para fundamentar todos e quaisquer abusos e violações praticados para a aferição do fato ocorrido.

O julgador que busca a verdade real corre o risco de divagar ao infinito e romper sua posição de terceiro, invadindo o território dos verdadeiros contraditores. Sob a justificativa de alcançá-la, o juiz se legitima a suprir, por si mesmo, a atividade probatória de uma das partes, em favor da tese que lhe pareça mais "verdadeira". A apropriação pelo magistrado de informações alheias ao debate processual, pode, inclusive, gerar a chamada "decisão-surpresa" ou "decisão de terceira via" (terminologia utilizada pela doutrina italiana), qual seja, aquela baseada em fundamento fático ou de direito que não tenha sido previamente considerado pelas partes. O provimento, neste caso, torna-se fruto de *inovação jurisdicional*, destoante da tese e da antítese processual. Nesse sentido, colacionamos recente julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> A utilização, pelo magistrado *a quo*, de fundamento não submetido ao contraditório para formar sua convicção acerca da procedência dos pleitos autorais, configura "decisão surpresa", que leva à nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Circunstância dos autos em que o julgador utilizou-se de sistema de visualização de mapas disponível na internet para formar seu convencimento, sem oportunizar a manifestação das partes a respeito do referido elemento de prova.[3]

A expressão "verdade real", típica do modelo de Estado de Direito Social, por representar uma perigosa utopia, deve ser substituída por outra mais adequada à realidade democrática. A expressão "juízo de verossimilhança" é

3. TJRS, Apelação Cível nº 70072368285, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Marta Borges Ortiz, j. 22.6.2017, DJ 6.7.2017. Incorporou-se ao art. 10 do CPC/2015 a ideia contida no art. 3º, § 3º, do Código de Processo Civil Português. O objetivo foi, justamente, coibir a decisão *della terza via*. Na hipótese de o magistrado vislumbrar a necessidade de fundamentar a decisão com base em fato (*ou norma*) não submetido ao contraditório, deve provocar o *debate preventivo* com as partes (NUNES, 2012, p. 226) – incidência do dever de consulta, oriundo do princípio da cooperação. Resumindo, o espírito da nova construção processual civil assenta em uma ideia de direção ativa do processo por parte do juiz, no sentido de "ser *dele exigível o cuidado de não se deixar 'funcionalizar', ou seja, de não tramitar, sem juízo crítico*, o processo de acordo com a estrutura e marcha regra definidas abstratamente na lei". (PORTUGAL, Tribunal da Relação de Évora, Apelação nº 410/12.0 TBACN. E1, Rel. Sílvio Souza, j. 26.3.2015).

terminologicamente mais adequada e compatível com devido processo (procedimento em contraditório) estabelecido pela CR/88.

3. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO FOI EXTINTO PELO CPC/2015?

O "Código Buzaid" de 1973 dispunha, em capítulo pertinente ao magistrado, que "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento." (art. 131). A norma versava expressamente sobre o princípio do livre convencimento motivado (ou princípio da livre persuasão racional). O CPC/2015 assim regulamentou o tema, dentro do capítulo das provas: "O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento." (Art. 371).

Para José Eduardo de Melo Vilar Filho (2006, p. 46), "a alteração do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento motivado fez com que a questão da prova saísse de uma dimensão estritamente jurídica, na medida em que atribuiu ao juiz, e não mais ao legislador, a função de valorar a prova".

Durante longo período, o livre convencimento viabilizou a prolatação de decisões de duvidosa constitucionalidade, em detrimento da lógica participativa de construção de provimentos, encampada abertamente pelo legislador do atual CPC.

Passemos, então, à indagação que serve como título para este tópico: a Lei Federal nº 13.105/2015 expurgou o princípio do livre convencimento motivado do sistema processual civil brasileiro ou a norma vigente permite a aplicação do postulado, independentemente da alteração textual?

A Exposição de Motivos do Código não fornece resposta segura. Vejamos:

> Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito.

Lenio Streck (2015, p. 34) é categórico ao defender a ocorrência de extinção do princípio no CPC/2015. Vejamos os argumentos por ele invocados:

> Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação se ele tiver a liberdade de invocar a "jurisprudência do Supremo", que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dá-se com uma mão e tira-se com a outra (STRECK, 2013).
>
> De há muito venho alertando a comunidade jurídica para esse problema do protagonismo judicial, que deita raízes em uma questão paradigmática e não meramente "técnica". (...)

> Depois de muita discussão, o relator do Projeto, Dep. Paulo Teixeira, obtendo a concordância de um dos protagonistas do Projeto, Fredie Didier, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência (...).

Fernando Gajardoni (2015) sustenta tese contrária. Para o professor da USP, a ausência, no CPC, de dispositivo correspondente ao art. 131 do CPC/1973, não pode levar à conclusão de que não mais vigora o princípio do livre convencimento. Ele afirma que

> O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais.[4]

Não paira dúvida de que a crescente preocupação com a adequação constitucional das decisões pôs em xeque a liberdade judicial de valoração da prova chancelada pelo CPC de 1973. O ato judicial de 'indicar os motivos' não coíbe, por si só, a arbitrariedade. Isso porque a decisão pode ser prolatada com base em fato ou circunstância extraída dos autos, porém alheia ao debate entre as partes (como ocorre na "decisão-surpresa"). Sobre o tema trazemos a observação precisa de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 869):

> De fato, na constitucionalização do processo democrático, no Estado contemporâneo, não cabe mais pensar-se num comando processual apoiado no "livre convencimento" e na "livre apreciação da prova" a cargo do juiz, pelo risco que tais critérios trazem de gerar "decisões conforme a consciência do julgador", quando se sabe que toda evolução do Estado Constitucional contemporâneo se deu no sentido de que, no processo, *as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista* (...) A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou fenômenos sociais, até porque os

4. O posicionamento de Gajardoni foi refutado por Lucio Delfino e Ziel Ferreira Lopes (2015) nos seguintes termos: "Acertou o legislador ao proscrever do sistema processual esse rastro autoritário ainda sustentado pelo CPC-1973 e que mantém escancarada, em pleno século XXI, uma janela para emanações concretas da ideologia socialista no palco processual (Menger, Klein, Bulow), confiando aos julgadores liberdade para decidirem conforme pensam e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, desde que depois se justifiquem, como se o dever de fundamentação (por mais oneroso que se apresente) impermeabilizasse sozinho o livre atribuir de sentidos".

> sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produto de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado.

A nosso ver, o livre convencimento motivado assumiu um novo significado, em prol da segurança jurídica. Há duas razões que sustentam tal assertiva.

De um lado, o próprio CPC/2015 fornece instrumentos para que o magistrado tenha liberdade na trajetória intelectual de formação da sua convicção. Um exemplo está no art. 375, segundo o qual "o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece". Tais noções (ou máximas), derivadas diretas da intuição, do saber tácito e do senso comum, são dotadas de enorme fluidez espacial e sociocultural. Seu uso desvirtuado pode, não há dúvida, comprometer a imparcialidade.

De outro lado, a nova lei processual, além de realçar o princípio do contraditório e da publicidade das decisões judiciais, prescreveu, em seu art. 489, "elementos essenciais da sentença" e requisitos específicos para caracterização da fundamentação idônea. Logo, se persiste a liberdade na valoração da prova pelo magistrado (etapa decisória imune à fiscalização), não será legítima a conclusão, lançada no provimento, divorciada das teses e antíteses sustentadas pelas partes no curso do procedimento (art. 489, §1°, IV).

Resumindo: se o que importa, para fins de controle público (justificação) é o argumento técnico-jurídico materializado no corpo do *decisum* e ele está submetido a balizas claras definidas pelo legislador, é de se questionar se a expressão "livre convencimento motivado" não constitui, na verdade, uma contradição em termos: se é motivado o convencimento exposto, ele não pode ser livre.

4. INSTRUÇÃO PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO DINÂMICO

Visando ao gozo real e não meramente formal da tutela jurisdicional, a Constituição da República de 1988 prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito básico (art. 5°, XXXV) e é enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5°, LV).

A própria noção de contraditório como "princípio da audiência bilateral", comumente abordado sob a perspectiva "estática" (THEODORO JR, 2010, p. 69) de que "ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se" (SANTOS, 1967, p. 387), passa por releitura doutrinária, jurisprudencial e legislativa. Para o professor português José Manuel Lebre de Freitas (1996, p. 96-97), tal garantia concretiza-se

> (...) mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido

positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.[5]

Precedente da maior relevância foi formado pelo STF em 2004, após julgamento do MS nº 24.268/MG[6], no qual se debateu sobre a extensão do devido processo legal e da garantia do contraditório a processos de natureza administrativa. O Ministro Gilmar Mendes destacou em seu voto o caráter "tridimensional" da pretensão à tutela jurídica e, com amparo na doutrina alemã, ponderou sobre a *feição ampliada do contraditório*, a partir da leitura da Constituição Federal de 1988:

> Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no Direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

No direito processual, provar é exercer influência, participar na construção das decisões judiciais. Um dos mais respeitados processualistas italianos, Luigi Paolo Comoglio (1998, p. 120), ao tratar dos poderes probatórios das partes, sob a ótica constitucional, afirmou que as relações entre as partes e o juiz, na instrução da causa, "representam o ponto nevrálgico de qualquer modelo processual, constituindo uma relevante fonte de prova de sua eficiência. Elas representam também um terreno de delicada verificação da efetividade das garantias constitucionais inerentes ao processo".

O Código de Processo Civil de 2015 encampou a teoria do contraditório dinâmico (material), o que é bastante louvável e consentâneo com as normas constitucionais que regem a matéria. O disposto no art. 10 do CPC revela-se uma *cláusula geral protetiva do contraditório* porque há reprodução, em diversos pontos do Código, da regra segundo a qual a decisão jurisdicional deve sempre ser resultado da dialética efetivamente estabelecida entre as partes litigantes.

Podemos indicar, sem pretensão exauriente, a superação do contraditório estático (formal) nos artigos: art. 372 (utilização de prova emprestada condicionada à observância do contraditório no processo de origem e no processo de destino); art. 373, §1º (distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo dar à parte afetada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído); art. 493, parágrafo único (se constatar de ofício fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir); art. 503, §1º, II (a questão prejudicial tem aptidão para produzir coisa julgada se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo); art. 921, §5º (o juiz, depois de ouvidas as partes, poderá reconhecer a prescrição intercorrente e extinguir o processo); art. 933 (se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que deva ser considerada no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem); art. 1013, §1º (ao tratar do efeito devolutivo da apelação o CPC determina que o tribunal somente poderá apreciar as questões suscitadas e discutidas no processo); art. 1023, §2º (ao julgar os embargos de declaração, caso o juiz vislumbre a possibilidade de conceder-lhes efeito infringente, deverá viabilizar o contraditório da parte embargada).

5. Percebe-se que o legislador português nutre zelo especial pela dialética e pela qualidade dos provimentos jurisdicionais. Nas disposições gerais referentes à prova (art. 415), consta no CPC de Portugal o "Princípio da audiência contraditória", com dois dispositivos específicos, sendo eles: "1 - Salvo disposição em contrário, não são admitidas nem produzidas provas sem audiência contraditória da parte a quem hajam de ser opostas. 2 - Quanto às provas constituendas, a parte é notificada, quando não for revel, para todos os atos de preparação e produção da prova, e é admitida a intervir nesses atos nos termos da lei; relativamente às provas pré-constituídas, deve facultar-se à parte a impugnação, tanto da respetiva admissão como da sua força probatória".

6. Mandado de segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. 5.2.2004, DJ 17.9.2004.

Barbosa Moreira (1984, p. 65), na década de 1980, já ponderava sobre a necessidade de permitir às partes "influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível (...) uma colaboração prestadia no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los". Dessa dinâmica, segundo o saudoso professor da UERJ, "avulta o respeito escrupuloso do chamado princípio do contraditório".

4.1. Prova emprestada

Entende-se que o direito à prova constitui prerrogativa fundamental extraída da Constituição Federal (art. 5º, LV), como meio inerente à ampla defesa. Seu caráter fundamental também decorre da sua *finalidade*, "que é criar as condições necessárias para uma existência digna e para a efetiva participação na tomada de decisões no seio do Estado (democracia)". (ALMEIDA, 2011, p. 182).

Sabe-se, contudo, que não existem direitos fundamentais absolutos O direito à prova não pode ser considerado irrestrito, ilimitado, porque, de um lado, o próprio Texto Constitucional qualifica comº inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e, de outro lado, a instrução processual cuida da reconstrução fática *possível* (ZANETI JR., 2004, p. 338) dentro das balizas procedimentais fixadas pelo legislador.

Quanto à prova emprestada, que consiste no "aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram" (TALAMINI, 1998, p. 146), em nome da economia processual, da celeridade e da difícil (ou impossível) repetição da prova, sobreleva a necessidade de serem observados requisitos próprios para sua admissibilidade, especialmente no que concerne à preservação do contraditório.

Fato é que o art. 372 do CPC/2015, a despeito da sua redação objetiva (ou em razão dela), não fornece respostas para algumas situações práticas. Restando há muito superado o brocardo *in claris cessat interpretatio*, é importante que façamos as indagações pertinentes e busquemos respondê-las.

Do ponto de vista estritamente normativo, o art. 372 do CPC/2015 representa inovação. Contudo, segundo adverte Theodoro Júnior (2015, p. 904), doutrina e jurisprudência já admitiam, independentemente do silêncio do CPC/73,

> (...) a utilização da prova emprestada, fosse porque a lei permitia o emprego de "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos" para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332, CPC/1973), fosse por força dos princípios da economia processual e celeridade nos julgamentos.

Ante o laconismo do citado dispositivo legal, emergem as seguintes questões práticas:

1) Sob qual forma a prova emprestada ingressa no segundo processo?
2) Admite-se o empréstimo de provas produzidas em procedimentos administrativos não sujeitos ao contraditório?
3) O uso da prova emprestada está restrito a processos em que figurem partes idênticas?
4) Há necessidade de se preservar o contraditório no processo de origem e também no processo para o qual a prova se destina?
5) O empréstimo da prova pode ocorrer mediante iniciativa do juiz?

De antemão convém sublinhar que a prova emprestada não configura uma *espécie* de prova. Ela não se inclui entre as provas típicas ou atípicas do Processo. Trata-se da *forma* ou do *modo* pelo qual uma prova ingressa nos autos (HUNGRIA, 2012, p. 72).

Passando à análise das questões propostas, independentemente da forma assumida pela prova constituída no feito originário – oral, pericial ou de inspeção judicial – "a prova emprestada ingressa no segundo processo sob a forma de *documento*". (TALAMINI, 1998, p. 146 e THEODORO JR., 2015, p. 905).

Há que se atentar, contudo, para a diferença existente entre *forma* assumida pela prova emprestada e *valor* do documento trasladado, este variável em decorrência da análise judicial[7]. Eis a lição de Talamini a respeito desta nuance (1998, p. 147):

> O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: *apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário.* É tal diversidade

7. "É importante, outrossim, ter em mente que o que se importa é a prova e não a valoração que lhe deu o juiz da causa primitiva. Esta não vincula o juiz do novo processo, que a recebe como prova e aprecia com liberdade o valor probante para julgamento da causa que preside, no cotejo com os demais meios de convencimento constantes dos autos. *Em outras palavras, não é o convencimento do juiz originário que se transporta: apenas a prova fisicamente concretizada.*" (THEODORO JR, 2015, p. 905).

> que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem. *Bem por isso, o traslado de prova documental já apresentada em outro processo não constitui "prova emprestada". Não há, nesse caso, o contraste entre forma e valor potencial.*

O CPC Português dispõe de forma bastante esclarecedora sobre o valor da prova emprestada. Ele associa a confiabilidade do documento ao grau de respeito pelo contraditório na produção da prova no feito originário. Nos termos da norma lusitana, é possível que o material transposto nem chegue a ser qualificado como prova, mas sim como "princípio de prova" (trata-se, portanto, de uma prova em potencial ou mero indício). Vejamos:

> Artigo 421.°
>
> Valor extraprocessual das provas
>
> 1 – Os depoimentos e perícias produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.° 3 do artigo 355.° do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e perícias produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova.
>
> 2 – O disposto no número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova que se pretende invocar.

Quanto à admissão como prova emprestada de elementos produzidos em procedimentos administrativos não dialéticos, a jurisprudência tem se mostrado permissiva, em contrariedade ao texto expresso do CPC (que faz remissão a "outro *processo*") e a parcela da doutrina (TALAMINI, 1998, p. 152 e GRINOVER, 1996, p. 57).

Em 2008 o STF permitiu que dados obtidos em interceptação telefônica, judicialmente autorizada em investigação criminal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, "ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas"[8].

O Superior Tribunal de Justiça, a partir do citado precedente, decidiu que "Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória".[9] Refutando tal possibilidade, Talamini (1998, p. 152) sustenta que

8. STF, Pet. nº 3.683 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cézar Peluso, j. 13.8.2008, DJ 19.2.2009.

9. STJ, REsp. nº 1.122.177 /MT, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamim, j. 3.8.2010, DJ 27.4.2011.

> (...) A prova tem de haver sido originariamente colhida em processo frente a órgão jurisdicional. Trata-se de decorrência direta da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV). Não há apenas o direito de ser ouvido e receber uma resposta do órgão jurisdicional. Mais ainda, existe o direito de, perante esse – e com o completo sistema de garantias que peculiariza o processo jurisdicional – desenvolverem-se as atividades destinadas a "far valere sul piano probatorio le proprie ragione e di influire sullo svolgimento della controversia".

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 672) entende que "não sendo o inquérito civil ou policial um processo, mas um mero procedimento investigativo, uma previsão expressa que condiciona o empréstimo da prova a sua produção em outro processo é promessa certa de polêmica". E mais:

> Particularmente, entendo que a novidade legislativa não será suficiente para alterar a atual jurisprudência. O caminho mais simples, ainda que tecnicamente incorreto, será afirmar que a prova não está sendo tecnicamente emprestada, mas somente aproveitada na ação judicial, de forma a ser inaplicável o art. 372.

Tal assertiva comporta três observações. Em primeiro lugar, a jurisprudência contrária à lei não deve ser tolerada no sistema romano-germânico. Sua prevalência viola os princípios da legalidade e da separação dos Poderes.

Em segundo lugar, se a prova extraída de um procedimento é "aproveitada" em um processo judicial, mas não na qualidade de prova emprestada (pela ausência de contraditório na sua obtenção), ela só pode ser considerada *conhecimento privado do juiz* (GRINOVER, 1996, p. 59), ou seja, informação adquirida fora do processo por via distinta da regular atividade instrutória. (BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 61). Talamini (1998, p. 159) observa que ausentes os requisitos constitucionais para a admissão da prova emprestada, não é concebível nem mesmo sua permanência nos autos do segundo processo. Ele não reputa acertada a afirmativa de que, em tais situações, poderia ser aproveitada como "simples indício" ou "argumento de prova".

Por último, a busca pela celeridade e pela economia processual não pode se sobrepor ao respeito pelo devido processo legal, que engloba o contraditório e a ampla defesa. Nos casos excepcionais em que a prova produzida originariamente se revela de impossível repetição (em razão da morte de uma testemunha, por exemplo) – haveria conflito entre valores igualmente relevantes (respeito ao contraditório *versus* direito à prova) – a doutrina defende a aplicação do princípio da proporcionalidade, na medida em que os valores referidos "terão de ser ponderados de modo a se verificar quais entre eles são os mais urgentes e fundamentais no caso concreto". (TALAMINI, 1998, p. 160 e NEVES, 2016, p. 671).

Passemos à terceira e à quarta questões formuladas, inerentes à identidade de partes no processo originário e no feito para o qual o documento é transportado, bem como ao exercício do contraditório em ambos os processos. Em 2014 a Corte Especial do STJ abordou a matéria nos seguintes termos:

> Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.[10]

Fredie Didier Jr. *et al* (2015, p. 131) comungam de ponto de vista oposto:

> *O contraditório deve ter sido observado no processo de onde se importa a prova e deve ser observado no processo para onde a prova é trasladada. Somente é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do processo em que foi produzida – a prova não pode ser usada contra quem não participou da sua produção.*[11]

Colacionamos também, por oportuna, a lição de Talamini (1998, p. 149), baseada na ideia de que o contraditório somente é exercido quando a parte possui poder de influência sobre a atividade instrutória:

> Não basta a mera participação no processo anterior daquele a quem a prova transportada desfavorecerá. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido, no mínimo, tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. Por exemplo, pode ser inadmissível o empréstimo de elementos probatórios produzidos em procedimento de jurisdição voluntária que dispense o exame mais profundo das questões fáticas (v.g., inventário) para outro de jurisdição contenciosa.

Outra questão interessante que merece abordagem é a seguinte: ocorrendo revelia – no primeiro processo – da parte contra quem a prova emprestada for anexada no segundo processo, é correta a admissão do documento? Entendemos que não. Isso porque houve, na hipótese, mero contraditório potencial no primeiro feito, sem exercício efetivo do poder de influência na atividade instrutória.

Decorrência lógica do raciocínio é que não pode o juiz deixar de abrir vista à parte depois do traslado do documento para o segundo processo, sob o argumento de que o contraditório já foi exercido por ocasião da produção originária da prova. É prerrogativa sua manifestar-se não apenas sobre a *admissibilidade* do empréstimo. Cabe a ela fiscalizar o *valor* que a prova trasladada merecerá no segundo processo. (TALAMINI, 1998, p. 153). Afinal de contas, o CPC, a despeito do seu laconismo, parece condicionar a *admissibilidade* da pro-

10. STJ, EREsp. nº 617.428/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4.6.2014, DJ 17.6.2014.
11. Nesse sentido prescreve o Código de Processo Civil português, em seu art. 421, transcrito anteriormente.

va documental ao respeito pelo contraditório no primeiro feito ("processo"). Além disso, a credibilidade outorgada à prova pelo magistrado também dependerá das garantias de participação oferecidas a partes no regime instrutório do primeiro processo, comparadas às do segundo.

Há que se perquirir por último sobre a plausibilidade do empréstimo *ex officio* da prova. Pela dicção da lei, não existe óbice. Prescreve o art. 370 do CPC que "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito".[12] Na hipótese mostra-se ainda mais relevante a observância do contraditório, no processo originário, para obtenção do documento, sob pena de reforçar o caráter de conhecimento privado da prova emprestada. E, no que concerne a possível quebra da imparcialidade do juiz, na situação hipotética aventada, vejamos a lição de Talamini (1998, p. 156):

> Nem se diga que, por conhecer de antemão o resultado probatório, sabendo a qual parte o empréstimo favorecerá, o juiz estaria violando seu dever de imparcialidade. Basta inverter a questão para demonstrar o erro desse argumento: deixando de determinar o empréstimo, o juiz estará sendo parcial em favor daquele que seria prejudicado pela prova.

Ao fim deste tópico observa-se que, independentemente de o legislador ter sido excessivamente espartano na redação do art. 372, fica fora de dúvida que só pode ser admitida como prova emprestada aquela produzida em um "processo" antecedente, logo, um procedimento regido pelo contraditório. Isso sem prejuízo da ampla liberdade valorativa, franqueada ao juiz, referente ao documento transladado. Permanece acesa a polêmica, todavia, no que tange à necessária identidade de partes em ambos os processos e também quanto à necessidade de a prova emprestada ser produzida originariamente na presença de uma autoridade judicial.

4.2. Distribuição dinâmica do ônus da prova

Em referência ao art. 373, §1º[13], a norma é também inovadora e incorpora à Lei Federal nº 13.105/2015 mecanismo consagrado na jurisprudência brasileira, relacionado à denominada "prova diabólica" e à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Sustenta a doutrina (DIDIER JR. *et al*, 2015, p.

12. Válida a advertência contida no Enunciado nº 514 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), inerente ao art. 370: "O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte as partes a respeito." Trata-se de incidência da boa-fé e da cooperação processual.

13. "Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que *deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*"

123) que "A técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação". Digno de menção, ante sua abrangência e didática, o voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, anterior à vigência do Código atual, quando do julgamento do recurso especial nº 1.286.704/SP:

> Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia, do devido processo legal, do acesso à justiça e da solidariedade, bem como os poderes instrutórios do Juiz.[14]

Sobre o instituto processual em comento, cabem ainda duas observações de relevância. Em primeiro lugar, o CPC/2015 transportou a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, constante no art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 8.078/90, para fora do Código de Defesa do Consumidor, permitindo sua utilização em relações jurídicas não consumeristas, reconhecendo que as hipóteses de vulnerabilidade probatória são inúmeras.

Em segundo lugar, a lei eliminou antiga controvérsia referente ao momento procedimental de inversão do ônus da prova, estando ela submetida a critério do juiz (inversão *ope judicis*). Não paira mais dúvida de que tal decisão judicial pode ser proferida na fase postulatória, saneadora (essa, a nosso ver, a ocasião mais apropriada para tanto) ou instrutória, nunca, porém, na sentença. Quando realiza a inversão do *onus probandi* no provimento final, o magistrado retira da parte interessada qualquer poder de influência sobre o conteúdo decisório, em afronta ao princípio do contraditório (temos aqui exemplo de "decisão-surpresa"). Nesse sentido editou-se o Enunciado nº 632 do FPPC: "A redistribuição de ofício do ônus de prova deve ser precedida de contraditório." Por força da lei nova, o cidadão está imune ao anacrônico entendimento segundo o qual a técnica de distribuição judicial do ônus da prova constitui regra de julgamento (e não regra de procedimento).

4.3. Negócio jurídico processual em matéria probatória

Traduzindo esforço legislativo para concretização da efetividade processual, o CPC encampou expressamente a boa-fé processual (Art. 5º) e o princípio

14. STJ, REsp. nº 1.286.704/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2013, DJ 28.10.2013.

da cooperação (Art. 6º), este último um postulado há muito introduzido no Código de Processo Civil português (art. 7º), cujas diretrizes são destinadas aos juízes e às partes com a finalidade de se obter, "com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio". Para alcançar a duração razoável do processo e a composição adequada da lide (ou a "decisão de mérito justa e efetiva"), a Lei Federal nº 13.105/2015 inovou, conferindo às partes *certa liberdade*[15] para flexibilizar regras procedimentais mediante convenções, na forma do art. 190, *in verbis*:

> Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Conforme pondera Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 263), não é de hoje que existe a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais.[16] Para a professora da PUC de São Paulo (2015, p. 264), o sistema processual inaugurado com o Código de Processo Civil de 2015 representa novidade porque

> (...) cuida com mais vigor de temas que permitem às partes se conduzirem de forma mais livre durante o *iter* procedimental, por decorrência de algo a que se pode denominar de *autogerência parcial do processo*. Também põe em relevo práticas que ensejam a denominada autocomposição, antes ou durante o curso da demanda judicial. Ou seja: o novo sistema processual brasileiro permite que as partes 'negociem' comandos procedimentais, dentro do processo, que também vinculam o Juiz e lhes abre um espectro maior e melhor de regulação privada de litígios, favorecendo a autocomposição total ou parcial da lide.

Dentro dessa nova estrutura de conjugação da boa-fé e da cooperação processual – que desloca para as partes o protagonismo jurídico, sem, contudo, excluir o poder fiscalizatório do juiz sobre a validade da avença[17] – há o disposto

15. Sobre o tema, vale conferir o teor dos Enunciados nº 18 e nº 20 aprovados pelo FPPC. Enunciado nº 18: "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica."; Enunciado nº 20: "Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos."

16. É o caso de a parte desistir da ação (art. 485, VIII, do CPC/2015); revogar o mandato conferido ao seu advogado (art. 111 do CPC/2015); transacionar em juízo (art. 487, III, *b*, do CPC/2015). Os dois primeiros casos exibem natureza jurídica de negócio jurídico processual unilateral. O último, de negócio jurídico processual bilateral, ou de contrato processual. (NERY, 2015, p. 263).

17. Art. 190, parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

no art. 373, §3º, do CPC[18], que emerge como consectário lógico do princípio da adaptabilidade procedimental.

Noticiam Rinaldo Mouzalas e Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. (2015, p. 400) que a convenção sobre o ônus da prova encontra previsão expressa no art. 2.698 do Código Civil italiano, nestes termos:

> Patti relativi all'onere della prova: Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero e modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Convém perquirir se o citado dispositivo legal não compromete de alguma forma a segurança jurídica, a isonomia e a ampla defesa. Eduardo Cambi e Aline Neves (2015, p. 224) são categóricos ao defender a juridicidade da norma citada, pontificando que a flexibilização procedimental adotada pelo Código de Processo Civil "não possibilita a alteração do iter procedimental conforme idiossincrasias dos sujeitos processuais nem resulta da imposição de qualquer deles". Para os citados professores,

> (...) a adaptabilidade do procedimento à causa é resultado da efetivação da garantia constitucional do contraditório e está fundada no caráter dialético do processo. É o exercício pleno do contraditório que confere legitimidade à flexibilização procedimental e, portanto, não compromete a segurança jurídica. Afinal, quando as variações procedimentais contam com a participação das partes em pleno contraditório, não se pode alegar que o procedimento não era previsível.

Cabe investigar também se, através do negócio processual, é possível restringir o poder instrutório do juiz, consagrado no art. 370 do CPC. Podem as partes, por exemplo, firmar acordo para excluir a realização de perícia como meio de prova?

Em primeiro lugar, assim agindo, elas estariam transigindo sobre poder que não lhes pertence. Esta é opinião de Theodoro Júnior (2015, p. 487), para quem "É evidente que a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, *jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz*."

Em segundo lugar, admitir que as partes possam limitar a admissibilidade de meios de prova, excluir presunções ou mesmo hierarquizar provas, significa anuir com a ideia de que os litigantes podem, a depender das circunstâncias, retirar intencionalmente do magistrado a condição de formar seu próprio convencimento acerca de questão fática. Basta pensar no exemplo da prova peri-

18. Art. 373, §3º: A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte e/ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

cial excluída pelo acordo, porém reputada imprescindível pelo julgador no caso concreto.

Teríamos, ao final do processo, um *juízo de verossimilhança negociado* pelas partes, que contraria o espírito de cooperação do CPC/2015 e representa um resultado excessivamente liberal, fruto da autonomia da vontade (sob a lógica de um sistema adversarial puro). É preciso atentar para o fato de que os sujeitos processuais – partes e juiz – são *interdependentes* e o processo não pode ser concebido como "coisa das partes" (modelo privatístico do século XIX) (OLIVEIRA, 1993, p. 32), mas sim como garantia da sociedade (RIBEIRO e SCALABRIN, 2009, p. 64).

Raciocinando diversamente, suponhamos que seja admissível *a priori* o negócio processual limitador da iniciativa instrutória do juiz. Ultrapassado o momento fiscalizatório da validade, surge para o magistrado a preclusão para exercício do controle previsto no art. 190, parágrafo único. Logo, como deve ele agir, caso constate que os meios de prova pactuados pelas partes são insuficientes para viabilizar a formação do seu convencimento? Além de existir vinculação ao negócio processual, a Constituição Federal veda o *non liquet* (art. 5°, XXXV), ou seja, a abstenção de julgar por carência de provas. Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2011, p. 188),

> (...) como o juiz não pode deixar de decidir ou aplicar um *non liquet*, são definidos critérios que permitem a solução do litígio quando os fatos principais não restam esclarecidos, que não são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Tais regras importam quando um fato principal resulta destituído de prova, pois a sua função é estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as consequências que sobre essa recaem diante da ausência de tal prova.

Caso o juiz se apoie excepcionalmente no ônus da prova como regra de julgamento, por limitação negociada dos meios de prova, a parte prejudicada não poderá invocar posteriormente violação do devido processo legal. Ao entabular negócio processual restritivo das formas de cognição, os litigantes assumem o risco de obter um resultado processual gravoso, decorrente do exercício deficitário do poder de influência.

A despeito de respeitável opinião de parte da doutrina[19], parece-nos mais acertada a lição de Humberto Theodoro Júnior, contrário à possibilidade de restringir o poder instrutório do juiz por intermédio do negócio processual.

Quanto ao momento da formação da avença, a lei define que ela pode ser formada antes ou no curso do processo. Argumentam Mouzalas e Ataíde Jr. (2015, p. 407) que

19. Cf. GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 553.

> (...) não há sentido imaginar que a convenção em torno do ônus probatório só possa ser formada antes de início do curso do processo, nomeadamente porque as partes, por agirem de boa-fé, muitas vezes, não esperam que, entre elas, surja um litígio. Além disso, não há qualquer vedação à convenção da distribuição do ônus da prova durante o curso do processo que, inclusive, é bem mais comum do que aquela que lhe antecede.[20]

A doutrina (MOUZALAS; ATAÍDE JR., 2015, p. 414) ainda aponta o caminho a ser tomado diante da hipótese de invalidação pelo juiz da convenção sobre a distribuição do ônus probatório. Sustenta-se que deve o magistrado chamar o feito à ordem e possibilitar que a parte a quem, originariamente, incumbia o ônus da prova, desincumbir-se de tal ônus. Caso contrário "estar-se-ia a impedir a parte de influir no resultado da demanda e, consequentemente, a cercear o seu direito de defesa".

5. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO CURADOR ESPECIAL E DOSAGEM DO CONTRADITÓRIO

Desde a entrada em vigor da Lei Complementar Federal n° 80, de 12 de janeiro de 1994, tornou-se atribuição institucional da Defensoria Pública o exercício da função de curadoria especial, "nos casos previstos em lei". A referência é feita a diversas hipóteses estatuídas no Código de Processo Civil que ensejam a participação do Defensor Público como curador especial.[21]

O art. 72, II, do CPC (art. 9°, II, do Código de 1973), estabelece um comando para o juiz, que dará curador especial ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa, "enquanto não for constituído advogado". Trata-se de regra protetiva do sujeito incapaz processualmente (e não materialmente) (DIDIER JR., 2006, p. 229), em posição de fragilidade defensiva ocasionada pela citação ficta.

Em boa hora o Código de Processo Civil trouxe disposição mais específica e técnica sobre a figura processual, prescrevendo que "A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei" (art. 72, parágrafo único).

Não se trata de sutileza desprovida de relevância. A norma elimina espaço para nomeação de advogados de confiança do juízo, incumbidos de exercer o

20. "A convenção sobre a distribuição do ônus da prova pode se dar judicial ou extrajudicialmente, sendo relevante, nesta última hipótese, que ela seja analisada sob os preceitos da preclusão lógica, da boa-fé objetiva (sobretudo da *supressio*), visando a evitar o comportamento contraditório da parte a quem beneficie a inversão do ônus da prova." (MOUZALAS; ATAÍDE JR, 2015, p. 401).

21. As hipóteses de intervenção do curador especial não abrangem as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material, Título IV, do Livro IV, do Código Civil, arts. 1.728 a 1.783. Nesse sentido dispõe a Resolução nº 85 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União: "Art. 5º. O exercício da curadoria especial independe da necessidade econômica de seu beneficiário. Parágrafo único. A função institucional de curadoria especial possui natureza exclusivamente processual e *não abrange as modalidades de tutela e curatela previstas no ordenamento civil material*".

múnus da curadoria especial, existindo órgão de atuação da Defensoria Pública devidamente estruturado na comarca (irregularidade verificada com frequência, a despeito do caráter autoexplicativo da lei e da potencial caracterização de improbidade administrativa).

Apesar da clareza do texto legal e da intenção do legislador, inúmeras vezes em que a Defensoria Pública é intimada para apresentar defesa do réu ausente (nos referimos aqui, em especial, à pessoa citada por edital ou com hora certa), ela encontra dificuldade para sustentação posterior de sua tese defensiva, porque o órgão de atuação não consegue produzir prova adequada para corroborar sua argumentação.

Sistematicamente os Defensores Públicos, atuando no exercício da curadoria especial, veem negado seu direito à realização da prova pretendida (em regra, prova técnica que demanda a participação de perito judicial), devido a um raciocínio equivocado a respeito da função exercida (e de entraves logísticos que o Judiciário parece não conseguir superar).

Há integrantes do Sistema de Justiça brasileiro que supõem, em detrimento da lei, que a defesa do ausente consiste em ato processual meramente simbólico ou, em outras palavras, uma verdadeira retórica legislativa se comparada com a assistência jurídica de alguém economicamente hipossuficiente (presente), considerada como "função típica" da Defensoria Pública. Com base em uma errônea premissa, limitam o alcance do contraditório, ao obstar a produção de prova necessária para confirmação das teses sustentadas na petição de defesa.

O curador especial é um substituto processual da parte ausente,[22] que age durante todas as etapas procedimentais e visa assegurar a observância dos postulados constitucionais da isonomia, da ampla defesa e do contraditório. Trata-se de exercício da denominada "função atípica" do Defensor Público, eis que o órgão estatal estaria atuando em prol de uma pessoa juridicamente hipossuficiente e não economicamente desvalida.

O CPC e a Lei Complementar Federal n° 80/94 atribuem ao órgão independente uma função de interesse público consistente na defesa plena da parte que *não tem ciência da pretensão alheia* formulada na demanda. O Estado assumiu, portanto, através da regra contida no art. 72, II, do CPC, a obrigação de tutelar a pessoa passível de ser surpreendida em um processo, com possibilidade de prolatação de sentença sem participação em contraditório.

Ao curador especial compete fiscalizar, apenas a título exemplificativo, a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, a regularidade da citação, a obediência ao princípio constitucional da motivação das decisões jurisdicionais (matéria processual) e a legalidade das cláusulas contratuais (direito material). Dessa feita, não existe qualquer fundamento jurídico para

22. STJ, REsp nº 9.961/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 31.10.1991, DJ 2.12.1991. No mesmo sentido, STJ, REsp nº 622.366/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, DJ 1.7.2005. Imprecisa a qualificação do curador especial como representante processual do ausente. A Defensoria Pública, quando exerce tal múnus, atua em nome próprio em defesa do direito alheio.

subalternizar a defesa prestada pelo curador especial, criando um tratamento díspar para com o Defensor Público, caso ele atue em prol da pessoa presente ou ausente. A lei processual não faz distinção nesse sentido.

Quando um órgão julgador decide, por exemplo, que "O réu não está sob o pálio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear perícia para quem é revel citado por edital", ele demonstra absoluto desconhecimento da função do curador especial e da própria legislação processual. E tal postura tem servido como justificativa para *dosagem do contraditório* baseada em juízos de conveniência. No exemplo mencionado, em que o juiz nega a produção de prova técnica em favor do ausente, estamos diante de uma situação em que o curador especial *deve* oferecer defesa (trata-se de um múnus público). Paradoxalmente, ele não tem meios de corroborar suas alegações, transformando-se em mera alegoria. Lúcida, portanto, a advertência do Desembargador Mota e Silva do TJMG:

> Se o curador especial ficar tolhido de produzir a prova que entende por necessária ou de aviar recurso que entende por necessário para assegurar os direitos constitucionais do réu, de ampla defesa e contraditório, por ausência de antecipação das despesas ou custas processuais, não haveria motivo ou mesmo lógica para a existência de tal figura. Bastaria que fossem impostos os efeitos da revelia.[23]

Entendemos flagrantemente ilegal a dosagem do contraditório conforme o "prudente arbítrio do juiz". O exercício limitado da garantia fundamental, às vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude. Não é possível vislumbrar o contraditório efetivo no Direito Processual sem o amplo poder de produzir prova. A nosso ver, existe respeito ao contraditório ou não: impossível meio termo ou o "contraditório parcial", expressão ilustrativa e que representa, por si mesma, contradição em termos. O contraditório é princípio reitor do Processo Civil "e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador" (LEAL, 1999, p. 52).

Cabe uma derradeira observação sobre o tratamento conferido pelo CPC/2015 ao curador especial. O art. 341, parágrafo único, dispõe que "O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial". Seu antigo correspondente, o art. 302, parágrafo único, do CPC/73, trazia comando diverso: "Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público".

Conforme disposição literal, o legislador deixou de isentar o Ministério Público do ônus da impugnação especificada e inseriu o defensor público (pa-

23. TJMG, Apelação Cível nº 1.0079.01.002437-4/001, 18ª Câmara Cível, j. 11.8.2009, DJ 10.9.2009.

ralelamente ao curador especial), como desobrigado a arcar com o ônus processual defensivo.

Em relação a esse último ponto a Lei Federal nº 13.105/2015 trouxe disposição não apenas destoante da boa técnica legislativa, mas inconstitucional e ilegal.

Percebe-se que quando a norma equiparou, para fins de isenção do ônus da impugnação especificada, o defensor público ao curador especial, ela foi redundante, e, portanto, imprecisa. Se o próprio CPC aduz que "a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública" (art. 72, parágrafo único), *a figura do curador coincide com a do defensor público*. Inexiste, dessa feita, justificativa para que a lei mencione um e outro como se constituíssem órgãos diversos.

Não há como ignorar também que a menção na norma ao defensor público atenta contra a Constituição Federal (e o próprio CPC). Explicamos: a redação atual da lei exonera o membro da Defensoria Pública do ônus da impugnação especificada, mesmo quando ele não exerce a função de curador especial (em qualquer caso, portanto). Parte-se da premissa equivocada de que o contato entre a parte *não ausente* e o seu defensor é *sempre* episódico e precário (evidentemente há situações esporádicas em que a pessoa carente recebe atendimento pela instituição, porém a ela não retorna). Fato é que, preenchidos pelo interessado os critérios objetivos de hipossuficiência financeira, passa ele a possuir o direito subjetivo à orientação jurídica e à defesa "em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita" (CR/88, art. 134 e CPC, art. 185).

O que se entende, então, por assistência jurídica "integral"?

Trata-se da tutela de direitos e de posições jurídicas de vantagem que abrange, no âmbito judicial e administrativo, a garantia do contraditório dinâmico/material (direito de informação, direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados) e, ainda, o fornecimento de todas as condições para que o indivíduo possa usufruir, de maneira isonômica, dos meios alternativos de resolução de conflitos. Integral é a assistência que viabiliza acesso efetivo à jurisdição, para proteção de direitos e para justa composição do litígio.

Não é possível conceber, baseado na linha de raciocínio exposta, que, existindo contato pessoal do defensor público com a parte beneficiária da assistência jurídica, se vislumbre limitação das possibilidades de argumentação fática para a defesa. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2010), "não se pode cometer o equívoco de que toda a atuação do defensor público será sempre na qualidade de curador especial. Repita-se: a incidência da regra (art. 302, parágrafo único, do CPC/73) pressupõe a dificuldade de comunicação entre o representante judicial e o réu (...)". Fernando Gajardoni *et al* (2016, p. 124) afirmam que o art. 341, parágrafo único, do CPC constitui "tratamento desigual sem justificativa razoável, de duvidosa constitucionalidade, por afrontar a igualdade de tratamento no processo". Para eles, a regra comporta "interpretação conforme a Constituição", na medida em que

> (...) a dispensa da impugnação especificada somente deve ocorrer para o defensor público nos casos em que estiver atuando como curador especial ou, ainda, na ação possessória multitudinária, pela dificuldade natural em gerenciar informações de todos os hipossuficientes envolvidos para a apresentação da defesa.

Por fim, importa transcrever a posição de Franklyn Roger Alves Silva (2015), também sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo aqui analisado:

> A nosso ver, o referido dispositivo não suporta um confronto com o texto constitucional, principalmente sob a ótica do princípio da isonomia, do contraditório e da ampla defesa, previstos no *caput* e inciso LV, do artigo 5º da CRFB. De igual modo, em controle de convencionalidade, o artigo 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estatuir o contraditório e ampla defesa em favor das pessoas que são demandadas perante o Poder Judiciário se sobreporia ao texto do novo CPC. Isto significa que a extensão da prerrogativa aos membros da Defensoria Pública mereceria a pecha de inconstitucionalidade e ausência de convencionalidade, pelos motivos acima expostos.

Em termos práticos, conforme a lei em vigor, se o defensor público atuar em defesa dos interesses da pessoa presente desprovida de recursos financeiros (exercício da função típica) e, não obstante, agir livre do ônus da impugnação específica (podendo, por via de consequência, apresentar defesa genérica), ele não estará obrigado a prestar assistência jurídica integral, mas simplesmente formal (restrita, quando muito, aos aspectos processuais da demanda). Terá o agente público carta branca para ignorar não apenas o princípio do contraditório, mas também o princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da CR/88.

Essa não foi, decerto, a vontade do Constituinte ao fixar a natureza jurídica e a missão da Defensoria Pública, voltada para assegurar à pessoa carente acesso à jurisdição da forma mais abrangente e eficaz possível. Talvez alguns enxerguem o art. 341, parágrafo único, do CPC, como uma feliz iniciativa do legislador. O dispositivo, é fato, suscita a ideia de que ao usuário da Defensoria Pública está reservado um serviço de qualidade inferior. Sua manutenção no direito positivo em nada favorece a imagem da instituição.

6. SÍNTESE CONCLUSIVA

Da análise antecedente podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A incorporação ao CPC/2015 do princípio do contraditório como direito das partes de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo (poder de influência) – em especial no âmbito da instrução – acarreta três consequências diretas: a) evita o monólogo judicial e a tomada de "decisões-surpresa"; b) aumenta a qualidade das decisões judiciais, fato que pode contribuir para a

diminuição de recursos interpostos; c) sobreleva a responsabilidade do magistrado nas tarefas decisória e de condução processual;

2. Justiça e verdade são vocábulos que guardam em si elevado grau de subjetivismo e personalismo. Seu emprego não se adequa aos parâmetros constitucionais que regem a processualística moderna. A prova, nesses termos, não se presta à descoberta da verdade, mas à influência do posicionamento judicial, acerca de questão de fato;
3. O juiz que busca, por meio do processo, obter verdade "real" ou "material", distinta do juízo de verossimilhança tornado possível pela participação em simétrica paridade das partes, assume o risco de arvorar-se em contraditor ou interessado, com consequente rompimento da imparcialidade;
4. O CPC/2015 manteve o livre convencimento motivado. Todavia, lhe outorgou um significado novo, preservando, de um lado, a liberdade do juiz de valorar a prova (art. 375) e, de outro, fixando parâmetros objetivos para a fundamentação (art. 489, §1°), de forma a garantir a legitimidade decisória;
5. O princípio do contraditório desempenha dupla função em relação à prova emprestada: ele justifica, de um lado, a sua própria existência, como meio de influência da convicção judicial (art. 369) e, de outro lado, desempenha papel de requisito de admissibilidade, na medida em que *o contraditório deve ter sido observado no processo de onde se importa a prova e também no processo para onde ela é trasladada, sob a forma documental (art. 372);*
6. A busca pela economia e pela celeridade processual não pode justificar a relativização do devido processo legal, franqueando a admissão de informação adquirida fora do processo por via da atividade instrutória irregular, independentemente da liberdade judicial de valorar o documento emprestado e da possibilidade de sua impugnação no processo ao qual ele é destinado;
7. O art. 421 do CPC português poderia ter sido utilizado como parâmetro de técnica para o legislador brasileiro, uma vez que esclarece sobre a necessária identidade de partes no processo em que a prova é produzida e no feito para o qual ela é transportada;
8. Através do art. 373, §1°, o CPC/2015 deu amplitude à técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, permitindo sua utilização em relações jurídicas não consumeristas e deixou claro que a decisão judicial que inverte o *onus probandi* nunca pode ser proferida na sentença, em obediência ao contraditório e à ampla defesa;
9. Inspirado no art. 2.698 do Código Civil italiano, o art. 373, §3°, do CPC, configura negócio jurídico processual, fruto da aplicação dos

princípios processuais da boa-fé, da cooperação e da adaptabilidade procedimental e, se for utilizado adequadamente, poderá contribuir para a redução da morosidade processual e para o deslocamento do protagonismo jurídico (do juiz) para as partes litigantes;

10. A curadoria especial de ausentes – destinada à redução da fragilidade de quem não integra a dialética processual – consagrou-se no CPC como função exclusiva da Defensoria Pública e qualquer atitude judicial voltada para limitar o poder instrutório do curador, em particular na realização de perícias técnicas, pode ser qualificada como ilegal e inconstitucional.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *O que é justiça*: uma abordagem dialética. 4. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1995.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial.* 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Avançamos ou retrocedemos com as reformas? Um estudo sobre a crença no poder transformador da legislação e sua (in)adequação face o estado democrático de direito. In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo:* uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMBI, Eduardo e NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo código de processo civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219, out./dez. 2015.

CASTELAR, Armando (Org.). *Judiciário e economia no Brasil.* Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas do Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, abr./jun. 1998.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*, NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015.

DELFINO, Lucio; LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas*. Abr./2015. Disponível em: [http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/]. Acesso: 25.7.2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho e SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: *Juspodivm*, 2006. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR, Fredie. Editorial 89 (Escritório Acadêmico). 28.4.2010. Disponível em: [http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-89/]. Acesso: 21.11.2016.

FILHO, José Eduardo de Melo Vilar. *Prova indiciária e verdade: enfoque constitucional*. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Abr./2015. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc]. Acesso: 13.5.2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença:* comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HUNGRIA, Denise Ferragi. *Análise da prova emprestada no processo civil*. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

JAYME, Fernando Gonzaga. Necessitamos de um novo código de processo civil? In:

MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.) *Constituição e processo*: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 99-107, jan./abr. 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*: conceito e princípios gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 397, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 261, out./dez. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*: uma análise crítica das reformas processuais. 1ª ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, jul./set. 1993.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 161, 1° e 2° sem. 2000.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53, jan./mar. 2009.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Contestação por negativa geral é presente de grego do novo CPC para defensores*. Jul./2015. Disponível em [http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/tribuna-defensoria-contestacao-negativa-geral-presente-grego-cpc]. Acesso: 24.11.2016.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 140, out./dez. 1998.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JR, Humberto. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar/abr. 2009.

THEODORO JR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), São Leopoldo, n.1, v. 2, p. 64-71, jan./jun. 2010.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 116, p. 334, jul./ago. 2004.

CAPÍTULO XVI
SENTENÇA E COISA JULGADA

Cintia Regina Guedes

1. INTRODUÇÃO

1.1. Fundamentação das sentenças

O novo CPC apresenta grande preocupação com a fundamentação das sentenças, trazendo minucioso detalhamento da forma como as decisões judiciais devem ser fundamentadas, assim como critérios objetivos para identificação da sentença que contenha vício de fundamentação, concretizando, assim, a garantia prevista no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. O dispositivo legal que trata da fundamentação das sentenças é o artigo 489 do novo CPC, que, por previsão legal expressa, se aplica a qualquer decisão interlocutória, sentença ou acórdão dos tribunais. A mesma previsão analítica acerca da fundamentação das sentenças também se aplica a qualquer ato decisório que envolva a observância de enunciados de súmulas, jurisprudência e decisões dos tribunais, como determina o disposto no art. 927, §1°.

Não se pode olvidar que a legitimidade da atuação do poder judiciário somente pode ser aferida pela sociedade através da fundamentação adequada das suas decisões. É através da explicitação dos motivos e razões para a tomada da decisão que não só o jurisdicionado, mas toda a sociedade pode verificar a isenção ou a parcialidade do julgador, a obediência ao devido processo legal, o respeito às garantias constitucionais dos litigantes, a obediência aos princípios e normas legais sobre a matéria, a observância da jurisprudência dos tribunais, quando esta se faz necessária, entre outros fatores.

A grande novidade do novo CPC consiste em retirar do âmbito exclusivo do poder judiciário a definição dos contornos e dos limites da fundamentação exigida pelo dispositivo constitucional. Os parâmetros para se considerar uma decisão adequadamente fundamentada passam a ser estabelecidos de antemão pelo próprio legislador, visando, com isso, concretizar a garantia constitucional em prol dos jurisdicionados, diminuindo a prática, hoje habitual, de serem proferidas decisões em que a fundamentação seja muito deficiente, quando não completamente ausente.

Estabelece o artigo 489, §1°, em síntese, que a decisão não pode se limitar à reprodução e aplicação de uma norma ou precedente judicial sem a correta identificação dos fatos que levam à sua incidência ao caso concreto; que não pode se limitar a utilizar conceitos indeterminados ou argumentos genéricos, sem a concretização destes a partir dos elementos de fato existentes no processo, que justifiquem a opção do julgador; que todos os argumentos aduzidos pelas partes que tenham aptidão para conduzir à conclusão diversa da adotada pela sentença devem ser analisados, e sua rejeição deve ser fundamentada nos termos antes mencionados; e, por fim, que quando houver precedente sobre o tema, sua não observância pelo magistrado deve ser plenamente justificada pela existência de distinção com a situação fática apresentada no processo, ou sua superação, não podendo ser simplesmente ignorado pelo julgador.

O uso cada vez maior, pelo sistema jurídico, de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados confere importância proporcionalmente maior à fundamentação da decisão, pois é nesta que se pode aferir o adequado preenchimento dos conteúdos normativos feito pelo magistrado, em cada caso, ao proferir sua decisão. As escolhas feitas pelo magistrado no ato de julgar, tanto em relação à norma aplicável, quanto aos fatos que implicam em sua concretização, devem ser plenamente justificadas para as partes.

Neste sentido, a exigência imposta pelo novo CPC impõe ao julgador a efetiva análise das questões fáticas relativas ao processo para que este fundamente sua decisão, não mais se podendo admitir como fundamentadas decisões que se limitem a reproduzir o texto do ato normativo, sem a realização da subsunção dos fatos debatidos e comprovados no processo à norma cujo texto está sendo citado. Tal exigência existe ainda que se trate de decisão de demanda que contenha um caso repetitivo, com a observância da jurisprudência já estabelecida pelos tribunais, sendo necessária a análise detalhada das particularidades fáticas do caso em julgamento (e a explicitação, na decisão, dos termos desta análise e dos fatos que foram efetivamente levados em conta pelo julgador) para se identificar sua submissão ou não à solução jurídica conferida pelo precedente existente.

Além da fundamentação acerca da matéria fática, a exigência imposta pelo art. 489, §1° do CPC impõe a efetiva análise de toda a controvérsia existente acerca do enquadramento jurídico da situação fática demonstrada, assim como da incidência ou não de determinado precedente ao caso, ou da matéria referente aos pressupostos processuais, legitimidade e interesse processual.

Diante da exigência imposta pelo novo código de fundamentação analítica das decisões, algumas práticas tradicionais devem ser abandonadas, em nome da efetividade da norma legal que, como dito, apenas explicita o conteúdo da garantia constitucional. Pode-se citar como exemplo a adoção de fundamentação *per relationem* (quando, em síntese, o julgador adota como seus os fundamentos de outra decisão, de outro juízo, ou de alguma das partes ou órgão do ministério público), ou a tradição dos nossos tribunais de afirmarem que o julgador não está obrigado a analisar todos os fundamentos e argumentos alegados pelas partes, sendo suficiente uma fundamentação "sucinta".

Não se olvide, contudo, que a imposição do dever de fundamentação analítica das decisões impõe também aos demais profissionais envolvidos no processo, em especial advogados e defensores públicos, um novo modo de fundamentar suas petições. Com efeito, para que a decisão do magistrado possa estar adequadamente fundamentada, com a análise de todas as teses jurídicas sustentadas, o enfrentamento das questões controvertidas, a análise dos precedentes envolvidos, entre outros pontos vitais ao processo, é necessário que os advogados e defensores compreendam a necessidade de também fundamentar adequadamente seus arrazoados. Nesta linha de raciocínio, não se apresenta suficiente a uma petição a simples menção à existência de súmula ou a uma ementa de decisão sobre o tema, como habitualmente se faz, sendo necessária a demonstração efetiva de que a situação fática narrada é adequada à consequência jurídica pretendida e à moldura fática que originou a súmula ou o precedente citado. O mesmo ocorre com a necessidade de detalhamento dos aspectos fáticos da lide que demonstrem, efetivamente, o preenchimento dos requisitos legais para o direito pleiteado, como no caso de uma tutela de urgência, por exemplo.

Da mesma forma, sempre que a postulação envolver casos repetitivos (ou quando houver pedido de tutela de evidência com fundamento no art. 311, inciso II), a petição inicial já deve ser redigida com a menção e análise das decisões dos tribunais que devem ser observadas pelo julgador, ou a realização da distinção entre as peculiaridades fáticas do caso concreto e aquele que deu origem ao precedente, ou, ainda, com o eventual desenvolvimento de tese tendente a superar o precedente existente sobre o tema. Em suma, a mesma exigência de detalhamento acerca da matéria fática e do exame adequado das normas e precedentes invocados como fundamentos do pedido deve ser feita também aos advogados e defensores em suas petições, impondo-se a estes, ainda, até como consequência da visão ética e cooperativa que impregna o novo código de processo, maior seriedade em suas postulações, evitando-se alegações despidas de qualquer fundamento jurídico, ou o uso indiscriminado de teses jurídicas, especialmente em casos repetitivos, já rechaçadas por precedentes que tenham que ser observados pelo julgador.

1.2. A importância do contraditório para a fundamentação das sentenças e a necessidade de mudança da cultura processual

A norma que estabelece o dever de fundamentação adequada das sentenças está em consonância com aquela prevista no artigo 10 do mesmo código, que, positivando uma das consequências da compreensão do contraditório como direito de influência sobre as decisões judiciais, determina que o juiz não pode

proferir qualquer decisão com base em fundamento sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar.

Em um processo justo e cooperativo, com efetivo respeito ao contraditório, sempre que o julgador perceber a possibilidade de afastar a qualificação jurídica dada pelas partes aos fatos jurígenos, utilizar fundamentação não debatida no processo, perceber a ocorrência de matéria que pode ser conhecida de ofício, ou, em resumo, sempre que o julgador puder vir a decidir com base em argumento fático ou jurídico que não tenha sido debatido no processo, este tem o dever de ouvir todos os envolvidos, antes de sentenciar. Essa imposição de consulta prévia às partes tem por escopo permitir a estas o oferecimento de argumentos, tanto a favor quanto de forma contrária à aplicação da norma jurídica pretendida pelo julgador, bem como apresentar defesa relativa ao novo fundamento fático ou jurídico percebido por ele.

Destarte, sem se negar a incidência do *iura novit curia*, o que se está afirmando é que, ainda que a causa esteja pronta para ser decidida, o respeito ao contraditório impõe ao julgador advertir às partes sobre o novo aspecto fático ou jurídico percebido por ele, bem como conceder-lhes prazo para manifestação acerca do fundamento aduzido, evitando, assim, que seja proferida uma sentença que surpreenda os litigantes, por estar apoiada em fundamento diverso daquele que havia sido objeto do debate ao longo do processo. Cuida-se, portanto, de evitar decisões de terceira via, que surpreendam os litigantes por conter fundamento fático ou jurídico que não fora objeto de exame e discussão prévia pelas partes ao longo do processo.

Nos sistemas jurídicos modernos, como já dito, o ato de julgar pressupõe, cada vez mais, a interpretação e concretização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas abertas, assim como a valoração e aplicação de princípios gerais ao caso concreto. Esta atividade do julgador, portanto, em muito supera a velha fórmula de julgamento que consistia na mera subsunção do fato à norma, traduzida pelo princípio *narra mihi factum, dabo tibi ius,* e que podia prescindir da participação das partes, funcionando o juiz meramente como a "boca da lei"[1]. O julgamento realizado hoje, mais do que nunca, necessita da colaboração das partes no oferecimento da sua visão acerca não somente da norma a ser aplicada, mas da forma como esta deva ser concretizada, dado o alto grau de subjetivismo que tal atividade encerra[2].

1. "Na realidade, diante do inafastável caráter dialético do processo, deve se modificar de forma significativa o alcance do antigo brocardo *narramihi fatctum, dabo tibi ius*." (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório.** Revista Forense 323, 1989, p. 56.)
2. A doutrina há algum tempo já vinha defendendo esta postura de colaboração entre as partes e o juiz, exigindo das partes a enunciação dos fundamentos jurídico das pretensões. Neste sentido, por exemplo, Bauer: "Em consequência, existe um interesse primordial da parte em fazer conhecer ao Tribunal a norma jurídica, que, segundo ela, deve ser aplicada. É que se passa na prática, regra geral, em particular nos processos em que funcionam os advogados. Certamente, não há obrigação formal de enunciar os argumentos; quer isto dizer que o juiz não pode obrigar a parte a indicar a norma jurídica sobre a qual ela funda sua demanda. Mas existe – exatamente como se

No atual estágio evolutivo do processo civil e das garantias constitucionais, o contraditório não pode mais ser visto como uma garantia estática ou formal, a ser oportunizado apenas no momento inicial do processo, com a chamada do réu para se defender. Hoje o conteúdo do contraditório participativo implica na exigência de se garantir às partes meios adequados de participação e de colaboração no curso de todo o processo, assim como "a possibilidade de influir, com a sua atividade defensiva, na formação do convencimento do juiz (e, até mesmo, sobre o *iter* formativo) na decisão jurisdicional."[3] Trata-se de encarar o processo como instrumento de concretização das garantias constitucionais, o que somente pode se efetivar se a solução da causa passar a ser efetivamente discutida e construída, através de um diálogo humano, entre as partes e o órgão judicial.[4]

Como afirma Leonardo Greco em relação ao contraditório:

> Esse é o grande salto do nosso tempo: de princípio a garantia fundamental. Para isso, o contraditório não pode mais apenas reger as relações entre as partes e o equilíbrio que a elas deve ser assegurado no processo, mas se transforma numa ponte de comunicação de dupla via entre as partes e o juiz. Isto é, o juiz passa a integrar o contraditório, porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais. Ora, de nenhuma valia para a concretização desse objetivo terá toda a atividade dialética das partes se o juiz não revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas pelos litigantes estão sendo avaliadas pelo seu entendimento.[5]

O dever de fundamentação de todas as decisões judiciais, surge, assim, como uma das formas de se dar efetividade à norma contida no art. 10, sendo

dá na fixação dos fatos – uma obrigação material de enunciar os argumentos. Isto significa que, desde que uma parte omita a indicação da norma jurídica, que lhe é favorável (ou a interpretação favorável da norma jurídica etc.), deve ele suportar as consequências origináveis da circunstância do juiz não "descobrir" essa norma, ou, então, se ele a descobre, mas não a interpreta corretamente. (BAUR, Fritz. Da importância da dicção "iuria novit curia". *Revista de Processo*, vol. 3, Julho de 1976, p. 169.)

3. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I. 5ª edição. Bologna: Ed. Il Mulino, 2011. p.75. Tradução livre.
4. Sobre o tema, pode-se trazer à baila a lição de Calamandrei, que se mantém sempre atual: "Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; um incrosiarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo à stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è uma scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti. In ciò consisti quel caractere, Il più prezioso e típico del processo moderno, que è la *dialetticità*: che vuol dire che là volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all'iniziativa, allo stimulo, ala resistenza o all'acquiescenza di esse." (CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia. In* Opere Giuridiche, v.1, 1965, p. 679)
5. GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório. In* Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de direito de Campos, 2005. P. 541/556.

certo que a fundamentação analítica das decisões permite que se acompanhe o raciocínio ultimado pelo magistrado, desde as premissas utilizadas como ponto de partida da argumentação até a conclusão contida na decisão, bem como os fatos e fundamentos que foram considerados até a decisão final. Destarte, a obrigatoriedade de fundamentação dos atos decisórios surge como forma de controle também da norma contida no art. 10, reforçando, com isso, o respeito ao contraditório enquanto direito de influenciar todas as decisões judiciais, inclusive quanto à proibição das decisões de terceira via.

São bastante criticáveis, portanto, alguns enunciados de suposta interpretação do novo CPC que se traduzem, na verdade, em tentativa de burla à norma do art. 10. Neste sentido são os enunciados 01 da ENFAN (Entende-se por "fundamento" referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes"), o enunciado 06 também da ENFAM ("Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório") e o enunciado nº 01 do CEDES (TJRJ): "Angularizada a demanda, é desnecessária a intimação prévia para que as partes se manifestem sobre os fundamentos jurídicos a serem adotados na decisão."

A *ratio* dos dispositivos legais em apreço, em especial os artigos 10 e 489, §1°, é justamente ampliar a noção de contraditório e o necessário diálogo entre os personagens do processo (defensores e julgador), ou seja, deixar claro que as partes devem ser ouvidas antes da decisão judicial, não somente sobre os fatos que são discutidos nos autos, mas, inclusive (e, diria, principalmente) sobre os fundamentos jurídicos eventualmente trazidos pelo magistrado para fundamentar sua decisão. Em outras palavras, permitir que as partes, por meio de seus defensores, possam influenciar a decisão judicial em sua completude, o que somente será possível se tiverem a oportunidade de conhecer os fundamentos jurídicos que poderão ser utilizados pelo julgador antes da decisão, bem como expor os seus argumentos acerca da aplicabilidade, interpretação e adequação do fundamento ao caso concreto. E este é, justamente, o objetivo que vem sendo negado pelos referidos enunciados, ao limitarem o alcance da norma do art. 10 às questões fáticas.

Compete, assim, aos advogados e defensores públicos o acompanhamento da correta aplicação das normas que protegem o direito ao contraditório, em especial as duas ora comentadas, sendo certo que a fundamentação analítica da sentença demonstra quais os fundamentos utilizados pelo julgador para motivar sua decisão, sendo então possível aferir se estes fundamentos foram discutidos previamente pelas partes, ou se houve supressão do dever de diálogo positivado no art. 10.

Uma das hipóteses de controle da fundamentação da sentença está na interposição de embargos de declaração, sendo certo que o novel art. 1022 expressamente considera omissa, para fins de cabimento dos embargos declaratórios, a decisão judicial que não esteja em conformidade com a fundamentação

determinada no art. 489, §1°. Há que se destacar que, não havendo suprimento da omissão pelo próprio juízo prolator da decisão carente de fundamentação adequada, e interposta apelação pela parte prejudicada em razão da nulidade da sentença por falta de fundamentação, o próprio CPC prevê (art. 1013, §3°, inciso IV) que o tribunal deve julgar desde logo a lide, aplicando a teoria da causa madura, e evitando agravar o prejuízo temporal ao jurisdicionado com o retorno dos autos à primeira instância para que a sentença seja proferida de forma adequada à exigência constitucional e legal. Tal previsão é importante, ante a existência de decisões anteriores ao novo CPC, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, determinando que em caso de reconhecimento da nulidade da sentença pela falta de fundamentação, o processo deveria retornar ao juízo *a quo* para que nova sentença fosse proferida[6].

1.3. A fundamentação das sentenças nos Juizados Especiais Cíveis

Suscita controvérsia a aplicação ou não da norma do art. 498, §1°, do novo CPC, aos atos decisórios proferidos nos processos que tramitam nos juizados especiais cíveis, federais e fazendários, devendo ser analisada a compatibilidade da norma com o microssistema processual, com os objetivos e com os princípios que regem os juizados especiais.

Em primeiro lugar, embora seja evidente, não é demais relembrar que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais (e a nulidade das decisões que inobservarem este dever de fundamentação) encontra-se na Constituição Federal, não tendo a carta magna excepcionado as decisões dos juizados da necessidade de serem fundamentadas. Neste diapasão, se observa que a norma do novo CPC nada mais faz do que regulamentar e fixar parâmetros legais para a concretização do dever de fundamentação já previsto na Constituição, devendo ser analisado apenas se estes parâmetros são válidos também para os juizados especiais.

Sob esta ótica, percebe-se, em primeiro lugar, que a norma do art. 489 §1° não é, de forma alguma, incompatível com o arcabouço legal do sistema dos juizados especiais, pois a única norma que trata da fundamentação das sentenças nos juizados especiais é o artigo 38 da Lei 9.099/95, que apenas dispensa o relatório (permitindo que este seja substituído por um "breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência") e determina que o juiz deve mencionar, na sentença, os elementos que formaram sua convicção acerca do pedido. O que a

6. Pode-se destacar o seguinte trecho do acórdão, pertinente ao tema: (...) II – A anulação da sentença de extinção dos embargos à execução pelo Tribunal de Justiça, sem resolução de mérito, importa o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para a retomada do julgamento, independentemente de previsão legal, pois a demanda deve progredir impelida pelo princípio do impulso oficial (art. 262 do CPC).(...)" (REsp 866445 / MG – PRIMEIRA TURMA – relator Ministro FRANCISCO FALCÃO – DJ 16/04/2007, p. 177)

legislação específica prevê, portanto, é apenas a dispensa do relatório, assegurando a importância e a imprescindibilidade de haver a fundamentação da sentença com a menção aos "elementos que formaram a convicção do julgador". [7]

Todos os motivos expostos no tópico anterior acerca da imprescindibilidade da fundamentação adequada das decisões impõem a aplicação da regra do artigo 489 §1° aos juizados especiais, principalmente por se tratar de forma de se conferir legitimidade aos julgamentos, e de controle do respeito ao contraditório e demais garantias constitucionais dos litigantes. O grande volume de processos nos juizados especiais, e o fato de as demandas tratarem de questões muito parecidas entre si e com pouco complexidade fática e jurídica são dois fatores que vêm sendo apontados como motivos para se dispensar o dever de fundamentação mais detalhada das decisões. Ao contrário do afirmado, contudo, estes constituem justamente os motivos que tornam ainda mais necessária a fundamentação adequada da sentença, especialmente quanto à obrigatoriedade de serem explicitadas pelo magistrado as peculiaridades fáticas da demanda (que diferenciam os processos que versam sobre questões jurídicas idênticas), e os motivos concretos para o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, evitando-se as sentenças genéricas que serviriam para qualquer outra lide parecida, como, infelizmente, constitui prática comum nos juizados especiais.

Por fim, há que se destacar que o próprio CPC, em suas disposições finais (art. 1064), altera o art. 48 da Lei 9099/95, sendo certo que este, em sua nova redação, determina que nos juizados especiais "cabem embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil." E, entre as hipóteses previstas para o cabimento de embargos de declaração no novo CPC, aplicável, portanto, por disposição legal expressa, aos juizados especiais, está justamente o descumprimento do dever de fundamentação previsto no art. 489, §1° do CPC. Não restam dúvidas, portanto, de que também as decisões dos juizados devem ser atingidas pelos bens ventos trazidos, neste ponto, pelo novo CPC, devendo serem devidamente fundamentadas pelo julgador.

1.4. A sentença e a decisão parcial de mérito

A concepção tradicional do direito positivo brasileiro não admitia a possibilidade de julgamento do mérito da demanda em etapas, com a prolação de mais de uma sentença no mesmo processo. Esta impossibilidade procedimental era corroborada pela doutrina, que também entendia não ser possível a prolação de mais de uma sentença no mesmo processo, por força da definição

7. Não se olvida que o FONAJE já editou enunciado determinando que a regra do art. 489 não se aplica aos juizados especiais em razão da norma contida no art. 38 da Lei 9099/95, o que, como se percebe de imediato, não tem qualquer fundamento válido. (ENUNCIADO 162 "Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da Lei 9099/95.").

legal de sentença existente até a reforma operada pela Lei 11.232/2005, como o ato que põe fim ao processo[8].

Com o advento da reforma processual de 2002, e a inserção do §6° no artigo 273 do CPC revogado, parte da doutrina passou a sustentar a possibilidade de julgamento parcial do mérito, haja vista que, embora a referida previsão legal estivesse inserida no dispositivo que tratava da antecipação de tutela (decisão, naturalmente, provisória e revogável), na realidade continha uma possibilidade de julgamento de uma parcela do mérito, de forma definitiva, em cognição exauriente.

A alteração legal do conceito de sentença promovida pela Lei 11.232/05 engrossou o coro daqueles que sustentavam a possibilidade de haver mais de uma sentença de mérito no mesmo processo, haja vista que não mais se impunha à sentença a função de extinguir o processo. A possibilidade, contudo, não foi efetivada pelos julgadores, que nunca se sentiram à vontade para proferir "sentenças parciais."

Uma das novidades do novo CPC é a consagração da possibilidade de serem proferidas decisões parciais de mérito. A generalização das hipóteses em que o mérito possa ser fracionado pelo juiz, para ser decidido em partes, aliada à sistematização desta possibilidade, permite seu uso com muito maior segurança que ao tempo em que estava em vigor a legislação revogada. A previsão legal encontra-se no art. 356 do novo CPC, sendo certo que a regra conceituando a coisa julgada (art. 502) foi adaptada, não mais fazendo referência à "sentença", mas sim à "decisão de mérito". Da mesma forma, ao tratar dos atos decisórios sujeitos à ação rescisória, o novo CPC não se refere mais à "sentença de mérito", mas sim à "decisão de mérito" (art. 966), prevendo, ainda, o cabimento de recurso de agravo de instrumento contra "decisão interlocutória que verse sobre o mérito do processo" (art. 1015, inciso II).

Toda esta adequação do novo CPC demonstra de forma clara que o legislador pretende incentivar a possibilidade de fracionamento do julgamento do mérito das demandas, permitindo que os julgadores efetivamente decidam aqueles pedidos que são incontroversos, ou que não necessitam de prova além da documental, e relegando para o momento posterior ao encerramento da instrução apenas a decisão daqueles pedidos que não possam ser julgados antecipadamente.

A nova regulamentação legal tem por escopo, sem dúvidas, o implemento do princípio da duração razoável do processo, além da efetividade das decisões judiciais, haja vista que a decisão parcial de mérito permite que ao menos parte da lide seja resolvida em tempo razoável, sem maiores delongas decorrentes da necessidade de produção de prova oral e/ou pericial. Ademais, como esta decisão pode ser imediatamente desafiada por recurso de agravo de instrumento,

8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil.* 1 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. p. 281-282); SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil.* 2 Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

sua não interposição ou o seu desprovimento levam à imediata formação da coisa julgada material, abrindo ao interessado a via da execução definitiva da decisão, sem o risco de que esta possa vir a ser revista ou anulada em futuro recurso de apelação.

Cumpre ao operador do direito, portanto, seja advogado ou defensor público, fazer bom uso da possibilidade de serem proferidas decisões parciais de mérito para um ou alguns de seus pedidos. A fim de conferir efetividade a este mecanismo processual, impõe-se seja postulado expressamente em suas manifestações iniciais do processo, assim como na réplica à petição inicial ou à reconvenção, o julgamento imediato dos pedidos que tenham restado incontroversos, ou daqueles que não necessitem de prolongamento da fase instrutória do processo para comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado.

1.5. Os novos efeitos da sentença terminativa

O Código de Processo Civil elaborado em 1973, encampando a teoria abstrata do direito de ação elaborada por Liebman, tratava de forma diferenciada o direito de ação (e as condições exigidas para seu exercício regular), e a tutela jurisdicional, prestada quando o órgão judicial examina o mérito da demanda, com a definição do direito levado a juízo. De modo coerente com a técnica adotada, a legislação recentemente revogada estabelecia que a decisão judicial que reconhecesse a ausência de uma das condições para o exercício regular do direito de ação implicaria em extinção do processo sem exame de seu mérito, ante a existência de um obstáculo que impediria que a tutela jurisdicional pudesse ser prestada de forma regular pelo Estado-juiz.

Desta forma, seguindo o disposto no CPC revogado, a decisão judicial que, liminarmente ou após a angularização da relação processual, analisasse a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido, e concluísse pela falta de uma destas condições da ação, deveria ensejar o encerramento do processo, ante a impossibilidade de prosseguimento para análise do mérito. O mesmo se pode dizer em relação à sentença que concluísse pela ausência de alguns dos pressupostos processuais, outra categoria que, pela técnica do CPC de 1973, deveria ser examinada como requisito de admissibilidade que antecede a possibilidade de julgamento do mérito. Estas sentenças, segundo a classificação da doutrina amplamente majoritária, tinham aptidão apenas para formar a chamada coisa julgada formal, o que significa dizer que seus efeitos não vinculariam outros juízes fora do processo em que a decisão fora proferida, e esta, por consequência, poderia ser proposta novamente, com os mesmos elementos identificadores (partes, pedido e causa de pedir).

Tal solução, por óbvio, causava problemas de ordem prática, à medida que permitia que a parte pudesse repetir, quantas vezes quisesse, a mesma demanda, propondo-a perante julgadores diferentes (ainda que no mesmo juízo, ante a prevenção), até que encontrasse algum que viesse a ter entendimento diverso, permitindo o prosseguimento do feito. A prática, além de impor ao réu o abu-

sivo ônus de ter que se defender várias vezes da mesma pretensão, também implicava em aumento do número de demandas, e privilegiava conduta contrária à boa-fé objetiva e à economia processual.

Em reação a esta situação, parte da doutrina passou a adotar o entendimento de que, uma vez reconhecida por sentença a ausência de uma das condições da ação ou de pressuposto processual, o autor somente poderia propor novamente a mesma ação se corrigisse o vício, o que acabou, inclusive, sendo encampado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.[9] Trata-se de tese de efeitos eminentemente pragmáticos, criada com o escopo de solucionar um problema prático, e que terminou por conferir efeitos extraprocessuais a uma sentença terminativa, que não se reveste da imutabilidade da coisa julgada material, e que, portanto, não poderia vincular a decisão de outros juízos ou impedir a repetição da demanda.[10] Havia quem já sustentasse que em algumas destas hipóteses, como as sentenças podiam gerar efeito vinculativo a futuro processos, impedindo a repropositura da mesma demanda, isto seria equivalente ao reconhecimento da coisa julgada material em sentenças terminativas.[11]

O novo CPC acolheu a tese que já era predominante na jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, acerca dos efeitos extraproces-

---

9. Neste sentido, pode-se citar o acórdão proferido no EREsp 160.850, relator para o acórdão ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 03/02/2003 pela corte especial do STJ. Da ementa do julgamento se extrai o que se segue: "I – a coisa julgada material se dá quando apreciado e decidido o mérito da causa. II – A extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de legitimidade *ad causam*, não é passível de formar coisa julgada material, mas sim coisa julgada formal, que impede a discussão da questão no mesmo processo e não em outro. Isso quer dizer que não se pode excluir, *prima facie*, a possibilidade de o autor repropor a ação, contando que sane a falta da condição anteriormente ausente. III – Tendo sido o processo extinto por falta de legitimidade do réu, não se permite ao autor repetir a petição inicial sem indicar a parte legítima, por força da preclusão consumativa, prevista nos arts. 471 e 473, CPC, que impede rediscutir questão já decidida."

10. "A nova provocação do Estado-juiz para tutelar o mesmo direito material entre as mesmas partes, pelos mesmos motivos, pressupõe que o vício, qualquer que seja ele, que levou à extinção do processo anterior apresente-se sanado. Naqueles casos em que este saneamento for inconcebível, inexiste alternativa para o autor: caso ele volte ao Estado-juiz, é importante que, de início, ou mediante adequada informação prestada pelo réu, a solução seja a mesma, de extinção do processo sem prejuízo, evidentemente, de sua incursão nas penas de litigante de má-fé." (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.* vol. 2, tomo I. 2 Edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 333)

11. Neste sentido, as palavra de Bedaque: "Conclui-se que a sentença de carência por ausência de interesse ou de legitimidade acarreta a solução de pequena parte da lide, razão porque pode e deve ser proferida e caráter liminar. (...) Quer a solução seja integral, quer seja parcial, sobre o que ficar decidido no plano material deve a sentença tornar-se imutável, não sendo mais admissível discussão a respeito. A cognição exercida, ainda que verticalmente sumária, é suficiente para a formação do convencimento do juiz acerca de determinado aspecto da relação material ou mesmo de todo o litígio, pois a decisão, fundada em afirmações feitas pelo próprio autor, será contrária a ele. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros, 2007. 2 Ed. p. 352) Em outra passagem: "Não é temerária, portanto, a atribuição de coisa julgada material à sentença de carência, impedindo a propositura da mesma demanda. (p. 349)

suais da sentença que extingue o processo em razão de alguns vícios que impedem seu prosseguimento e o próprio julgamento do mérito. O art. 486, §1° do novo CPC determina que, nos casos de extinção do processo sem exame de mérito em razão de litispendência, indeferimento da petição inicial, ausência de pressupostos processuais, de legitimidade, interesse processual ou competência do juízo arbitral, a ação somente pode ser renovada se for corrigido o vício. A motivação da norma legal é bastante evidente, haja vista que, se a questão processual já foi examinada por um julgador, com a conclusão definitiva da existência de um empecilho que impede o exame do mérito ou o prosseguimento da demanda, não faz sentido que a ação possa ser proposta novamente, com o mesmo vício, e venha a ser reexaminada por outro julgador.

Sendo novamente proposta, a questão não deveria ser sequer objeto de exame pelo segundo juízo, por já ter sido decidida por aquele que primeiro se deparou com a hipótese.

A inovação veio em boa hora, por solucionar um problema prático, sendo coerente com o princípio da economia processual e com as exigências de ética, boa-fé e cooperação das partes com o processo, marcas determinantes do atual CPC, além de constituir-se em medida que colabora, ainda, com a racionalização do próprio acesso à justiça, evitando o abuso na propositura de demandas idênticas que já tenham tido sua admissibilidade rechaçada pelo judiciário.

Há que se destacar, contudo, que a nova disposição normativa não atribui a esta sentença a autoridade da coisa julgada material, dado que o art. 500 do CPC mantém a afirmação de que somente a sentença que "julgar total ou parcialmente o mérito" faz coisa julgada. Contudo, embora não reconhecendo a existência de coisa julgada material, reconhece um elevado grau de estabilidade extraprocessual, que vincula o juízo de um segundo processo, razão pela qual, de forma coerente, permite a propositura de ação rescisória contra ela (art. 966, §2°).[12]

Trata-se de mais uma das várias hipóteses em que o código de processo civil reconhece a existência de estabilidades, dentro e fora do processo, que diferem da coisa julgada material em razão do nível de graduação e intensidade da própria estabilização. O mesmo ocorre com a decisão prevista no art. 304 do CPC, que também possui em elevado grau de estabilidade (principalmente

12. Já há manifestação doutrinária, na vigência do novo CPC, sustentando que, mesmo que esta estabilidade não tenha sido denominada pelo código de coisa julgada, não se pode negar tal característica, dado que o nome jurídico dado a um instituto não tem aptidão para alterar sua natureza. Neste sentido: "pode-se, claro, dizer que a estabilidade decorrente do §1º do art. 486 não é coisa julgada, pois a ela não foi atribuído esse *nomen juris* – é uma opção doutrinária legítima. Vale aqui, sempre, a lição de Calmon de Passos sobre a coisa julgada cautelar, que não costuma ser reconhecida doutrinariamente: É problema de preferência? Hermengarda, Febroniana, Ocridalina ou coisa parecida. Mas que é mulher como a outra é. Ou para ser específico: que é imutabilidade do decidido com repercussão fora do processo cautelar é. E temos dito." (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito Processual Civil** vol. 2. 10ª Edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p. 531)

após o decurso do prazo de dois anos para ser revista), embora menor que aquele decorrente da coisa julgada material.

2. COISA JULGADA

Acerca da coisa julgada, a doutrina brasileira, majoritariamente, ainda segue a conceituação de Liebman[13], que passou a identificar a coisa julgada não como um efeito da sentença, mas como a qualidade que adquirem os efeitos da sentença não mais sujeita a recurso[14].

Barbosa Moreira, aprimorando o conceito, passou a definir a coisa julgada como a imutabilidade não dos efeitos, mas do conteúdo da sentença irrecorrível. Os efeitos podem eventualmente ser alterados pelas partes (como na hipótese do casal separado que restabelece o casamento, ou do credor que perdoa a dívida objeto de condenação judicial), mas o conteúdo do julgado permanece inalterado, e impede que a questão seja submetida à nova decisão judicial[15].

Ovídio Batista, em conhecido debate travado com Barbosa Moreira, acrescentou novas reflexões ao debate sobre o tema, definindo a coisa julgada como a imutabilidade que recai não sobre todo o conteúdo da sentença, mas sim sobre o seu elemento declaratório, elemento este contido em qualquer provimento judicial de mérito (seja meramente declaratório, constitutivo ou condenatório). É este elemento declaratório que não poderia ser alterado nem pelas partes nem por nova decisão judicial[16], segundo sua concepção[17].

A polêmica discussão doutrinária acerca da conceituação da coisa julgada segue até os dias de hoje, sem que se possa pensar em um consenso acerca do tema[18], e sem que as diversas teorias sejam suficientes para permitir o enfrenta-

13. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
14. "A distinção entre a eficácia da sentença e a autoridade de seus efeitos é uma das mais elegantes conquistas da ciência processual no século das luzes processuais (Enrico Tulio Liebman) (...)" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil,** vol. III, 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 310)
15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. Temas de direito processual. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984. Também em: MOREIRA, José Carlos Barbosa **Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema.** Ajuris n. 35, novembro de 1985, p. 204/212.
16. SILVA, OVÍDIO A. BATISTA DA. **Sentença e Coisa Julgada.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 199 e seguintes
17. Posição diversa mantém Cândido Dinamarco, para quem a imutabilidade decorrente da coisa julgada incide sobre todos os efeitos substanciais da sentença de mérito, o que significa dizer que incide sobre o efeito declaratório, mas também sobre "a implantação da nova situação jurídica (no caso das sentenças constitutivas) e a "formação do título para a execução forçada" (no caso das sentenças condenatórias. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil,** vol. III, 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 310)
18. TALAMINI, Eduardo. **Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada).** In DIDIER JR, Fredie e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais sobre os

mento dos desafios que já há algum tempo recaem sobre a coisa julgada, como demonstram os escritos, com as mais diversificadas fundamentações, mas sem nenhuma sistematização de critérios, sobre a "relativização da coisa julgada".

Sem adentrar a sempre polêmica discussão doutrinária acerca da conceituação da coisa julgada, cumpre trazer à baila as alterações mais relevantes introduzidas pela nova legislação acerca das decisões suscetíveis de serem cobertas pela coisa julgada, assim como de seus limites objetivos e subjetivos.

2.1. Limites objetivos da coisa julgada

A questão relativa aos limites objetivos da coisa julgada nunca foi consensual nem na doutrina nem nas codificações processuais brasileiras. O CPC de 1939 continha regra também diversa, ao determinar, no art. 287, que "*a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único: Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.*" (grifou-se)

A disposição legal antes transcrita, vigente até 1973, traduzia a teoria inspirada nas ideias difundidas por Savigny no século XIX[19], que destacava a importância dos elementos objetivos da motivação para a compreensão do julgado, razão pela qual deveriam ser alcançados pela força da coisa julgada. A teoria de Savigny, contudo, restou superada pela doutrina europeia no século XX, que passou a defender uma visão mais restritiva da coisa julgada, limitando-a ao julgamento do pedido formulado na demanda, sem qualquer vinculação à motivação ou às razões que levaram ao convencimento do julgador. A prevalência da visão restritiva acerca dos limites objetivos da coisa julgada, que acabou se tornando regra nas codificações europeias após a edição do § 322 da ZPO alemã[20], elevou as críticas ao estatuto processual brasileiro, então na contramão das ideias mais modernas no velho continente.

A par da adoção da teoria mais antiga sobre o tema, a própria redação do art. 287 do CPC de 1939 suscitava diversas críticas, em especial ante a imprecisão dos termos utilizados para a definição das questões que seriam decididas com força de coisa julgada. A referência a "premissa necessária da conclusão" não encontrou uniformidade de conceituação doutrinária[21], gerando dificuldades na aplicação prática da regra sobre a coisa julgada, e, principalmente, insegurança entre as partes, que poderiam ser surpreendidas com a extensão da coisa julgada a questões que não se encontravam em sua esfera de previsibilidade.

terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004. p. 193 e seguintes. TESHEINER José Maria Rosa, **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.72/79.

19. Em resumo, defendia Savigny a necessidade de se distinguir entre os motivos objetivos e os subjetivos da decisão, sendo os primeiros relacionados aos elementos que levam ao reconhecimento (ou ao não reconhecimento) da relação jurídica condicionante (que influencia a decisão), ao passo que os subjetivos seriam os motivos e as razões do convencimento que levam o julgador a reconhecer ou não aquela mesma relação condicionante. Nesta ótica, os motivos objetivos ficaram cobertos pela coisa julgada, o que não aconteceria com os subjetivos. Sobre o tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara n. 16, 1967, p. 217 e seguintes.

20. GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marília Zanela. **Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil – reflexões inspiradas na experiência norte-americana.** Revista de Processo n. 194, RT, abril de 2011. p. 106. É neste sentido a legislação italiana, alemã e francesa, por exemplo.

Diante das muitas críticas sofridas pela normatização da questão no código de 1939, o legislador de 1973 adotou sistema bastante diverso. A questão passou a ser regulada pelas regras dos artigos 468 do CPC de 1973 (que determina que a coisa julgada material se restringe "às questões decididas", e "nos limites da lide"), e 469, que expressamente exclui da incidência da coisa julgada a motivação determinante da decisão, a verdade dos fatos e a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo. Em relação aos limites objetivos da coisa julgada, portanto, adotou-se a teoria restritiva, limitando a coisa julgada ao dispositivo da sentença. A questão prejudicial, na ótica da legislação de 1973, somente passaria a ser decidida como questão principal, e, portanto, sujeita à eficácia da coisa julgada, se proposta por qualquer das partes a ação declaratória incidental. Não havendo iniciativa de qualquer das partes em suscitar a ação declaratória, a coisa julgada ficava limitada ao julgamento do pedido.

Mesmo com a adoção da teoria preferida pela maior parte da doutrina, o código de 1973 não deixou de ser alvo de críticas, decorrentes da restrição da coisa julgada ao dispositivo da sentença. As maiores críticas decorrem do fato de que a limitação da vinculatividade do julgado à decisão sobre o pedido permite que uma outra questão jurídica controvertida seja discutida, examinada e decidida no processo sem que sobre esta decisão incida a autoridade da coisa julgada. Em consequência, mesmo depois da ampla discussão travada no primeiro processo, essa questão pode ser suscitada novamente em novo processo, levando às partes a rediscussão, e o julgador a decidi-la pela segunda (ou quiçá terceira, quarta) vez, sem qualquer vinculação à decisão anterior, com claro desperdício de atividade jurisdicional, tempo e dinheiro de todos.

A ampla possibilidade de rediscutir as questões prejudiciais em processos sucessivos traz duas ordens de problemas para o sistema jurídico. A primeira decorre do fato de que a ausência de vinculação das partes e do juízo do segundo processo à decisão proferida no primeiro implica na efetiva possibilidade de renovação da discussão (pois as próprias partes não se sentem vinculadas à primeira decisão), e de serem proferidas decisões diferentes e antagônicas sobre a mesma questão, ainda que em processos diversos, mas envolvendo as mesmas partes. É possível que uma questão debatida, examinada e decidida incidentalmente em um processo seja novamente discutida em outro processo (seja como

21. A maioria da doutrina entendia que o dispositivo legal fazia referência às questões prejudiciais de mérito, que estariam, então, acobertadas pela coisa julgada. Parte minoritária, contudo, defendia que a norma legal tratava apenas de afastar a possibilidade de posterior alegação das questões que haviam sido implicitamente examinadas, ou seja, tinha por escopo reafirmar a impossibilidade de rediscussão posterior da matéria deduzida e da deduzível.

questão principal ou novamente de forma incidental), com decisão diferente e até mesmo contrária à anterior. Esta contradição lógica fere de morte a coerência que se espera tanto das partes quanto da atividade de interpretação do ordenamento jurídico pelo poder Judiciário, além de gerar, por óbvio, insegurança a todos os envolvidos na relação processual, minando a própria estabilidade das relações jurídicas, sujeitas sempre à possibilidade de uma nova decisão sobre sua validade e seus efeitos, e até mesmo em sentido contrário ao da anterior, ainda que sem motivo justificado para tanto.

A disciplina restritiva do CPC de 1973, que cria estes problemas, vem sendo, inclusive, desprezada em alguns casos pela própria jurisprudência brasileira. Pode-se citar como exemplo a atual posição do Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação do enunciado 239 da súmula da jurisprudência dominante no STF[22]. Em que pese o verbete sumulado afirmar que a decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício financeiro não faz coisa julgada em relação aos posteriores, o STJ vem entendendo que, se a discussão travada no processo foi limitada a um exercício financeiro, a decisão só vale para aquele exercício. Mas se na motivação da decisão foi discutida a própria relação de direito material, havendo, incidentalmente, sido reconhecida a inexistência da relação jurídico-tributária em razão da declaração incidental da inconstitucionalidade da norma legal, essa declaração incidental que motiva a decisão judicial produz efeitos em processos sucessivos, "até que sobrevenha legislação que estabeleça nova relação jurídico-tributária."[23] Ou seja, a jurisprudência do STJ vem conferindo vinculatividade extraprocessual à decisão de uma questão prejudicial incidental, a fim de preservar valores como a segurança jurídica, previsibilidade e coerência do sistema.[24]

A segunda ordem de problemas decorrentes da adoção da regra restritiva da coisa julgada ao dispositivo da sentença, consagrada no CPC de 1973, diz respeito à economia processual e à racionalidade da utilização do próprio Poder Judiciário. Com efeito, como a decisão sobre a questão prejudicial sempre pode ser levada novamente ao Judiciário, a ausência de uma solução definitiva

22. Súmula 239: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores."

23. Sobre o tema, ver o principal julgamento, contido no EREsp 731.250, julgado pela primeira seção, relator ministro José Delgado, publicado no DJe 16/06/2008. No caso, o raciocínio formulado foi no sentido de que se a decisão anterior declara inexistente a pretensão do fisco em razão da inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, não é razoável que se tenha que renovar a pretensão anualmente. O acórdão chega a mencionar que "a coisa julgada que daí decorre é intangível."

24. Cumpre destacar que alguns julgados estrangeiros também vêm reconhecendo que em algumas situações é necessário reconhecer o nexo lógico-substancial entre dois julgados, e conferir efeito vinculativo extraprocessual a algumas questões examinadas e decididas em um processo, e que não poderiam ser objeto de novo exame em outro processo, sob pena de se criar incongruência tão grave que contaminaria a ambas as decisões. Sobre o tema, vale a leitura de Silvana Bontá: BONTÁ, Silvana Dalla. **Una "benefica inquietudine. Note comparate in tema di limiti oggettivi del giudicato sulle dinamiche giurisprudenziali alla luce delle tesi zeuneriane."**

desestimula as partes a concentrarem seus esforços em uma única demanda, que, bem instruída e debatida, levaria (ao menos em teoria) a uma melhor solução da lide. Ao contrário, a falta de estabilidade da decisão sobre a questão prejudicial estimula novas demandas, implicando em dispêndio desnecessário de tempo, de dinheiro e de esforços, seguidamente, tanto para o Judiciário quanto para as partes, com a possibilidade de sucessivas demandas discutindo a mesma questão.[25]

Não se pode negar, contudo, o equilíbrio do sistema do CPC de 1973, diante da possibilidade de as partes, através da propositura da ação declaratória incidental, levarem a decisão sobre a questão prejudicial da fundamentação para a parte dispositiva do julgado, de molde a restar coberta pela coisa julgada, evitando-se, com isso, os problemas de coerência lógica e o demandismo irresponsável antes citado. O sistema adotado pela legislação ora revogada, ao mesmo tempo em que permite a extensão da coisa julgada às questões processuais, mantém a iniciativa desta extensão com as partes, respeitando-se, assim, sua vontade. Trata-se de regra coerente com o princípio dispositivo, que privilegia a autonomia da vontade das partes e a liberdade individual, e com uma visão privatista do processo, pois a estipulação do objeto do processo é feita apenas pela parte autora, sendo garantido exclusivamente às partes, ainda, o poder de delimitar as questões que serão decididas pelo juiz e sobre as quais incidirão a autoridade da coisa julgada. A previsibilidade acerca do conteúdo do objeto a ser decidido e imunizado também é fato de relevância, e que constituirá motivo de muitas controvérsias no sistema adotado pelo CPC de 2015.

2.1.1. *A regulamentação do tema no novo CPC - extensão da coisa julgada às questões prejudiciais*

O anteprojeto do novo CPC, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo ministro Luiz Fux, já dava tratamento completamente diverso à questão, assim como em outros temas diretamente ligado à coisa julgada, sendo consenso entre os membros da comissão a necessidade de ser alterado o

25. Estas são, inclusive, as premissas adotadas pelo direito norte-americano, que possui a mais ampla concepção acerca dos limites objetivos da coisa julgada. No direito norte-americano, além do fato de que ninguém pode ser obrigado a responder duas vezes a uma mesma ação, tem grande importância a ideia de que os recursos materiais destinados ao julgamento dos processos são limitados, assim como a quantidade de ações que podem ser julgadas pelos tribunais. Como consequência destas premissas, cada nova causa que é admitida a ser julgada implica em demora maior no julgamento de todas as demais ações. Destarte, por razões de economia e eficiência no uso dos recursos públicos, os institutos da *claim preclusion e da issue preclusion* se desenvolveram com a clara finalidade de desencorajar múltiplas ações. Não se deve olvidar, contudo, que, por coerência, aquele sistema processual determina que o interessado em propor uma ação formule todos os seus pedidos em um único processo, de forma tão concentrada quanto a legislação processual assim o permita, bem como que as partes possam alterar e ampliar seus pedidos e as respectivas causas de pedir ao longo do processo.

tratamento do CPC revogado.[26] O anteprojeto apresentado pela comissão já continha a regra que ampliava a coisa julgada para as questões prejudiciais, mas sem regulamentar as condições em que isto ocorreria.[27] A previsão de ampliar os limites da coisa julgada, de modo a alcançar também as questões prejudiciais, foi mantida durante a tramitação do projeto, sendo estabelecidas, durante as discussões na Câmara dos Deputados, as diretrizes para o melhor delineamento do tema.

A principal alteração promovida pelo novo CPC em relação ao tema da coisa julgada diz respeito à ampliação de seus limites objetivos. O artigo 503, §1°, mudando radicalmente a técnica adotada pelo CPC de 1973, determina a extensão da autoridade da coisa julgada para além do dispositivo da sentença, alcançando também algumas questões mesmo quando decididas na fundamentação, desde que constituam questões prejudiciais ao julgamento de mérito, e observem os requisitos nele estabelecidos.

O texto legal já em vigor, no *caput*, traz a regra geral relativa à coisa julgada, determinando que a decisão sobre o mérito terá "força de lei", ou seja, fará coisa julgada, nos limites da questão principal expressamente decidida. Percebe-se de imediato que a nova regra legal se refere à "questão principal", a fim de deixar claro que a coisa julgada se refere à decisão acerca do(s) pedido(s) formulado(s) e expressamente decidido(s), ou seja, ao objeto do processo, em sua acepção comumente aceita pela doutrina. Por outro lado, embora tenha consagrado teoria doutrinária assemelhada à do estatuto de 1939, a regulamentação legal do tema no novo CPC também restou bastante diversa daquela adotada no CPC de 1939, que não continha os requisitos hoje previstos no artigo 503 para a aplicação da coisa julgada às questões prejudiciais.

Os escopos buscados pelo legislador do código de 2015 são claros: a busca pela economia processual (dada a possibilidade de todas as questões serem resolvidas em um único processo, evitando a repetição de demandas), o aperfeiçoamento das decisões, a priorização da coerência lógica que deve existir entre as diversas decisões judiciais[28], e, por fim, a confiança e segurança jurídica acerca

26. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, relatora-geral do anteprojeto: " Não obstante as diferenças entre os membros dessa comissão tão heterogênea, todos nós concordamos no sentido de que não há motivo para restringir a autoridade da coisa julgada ao *decisum* em si, pois o nível de cognição dessas questões antecedentes é profundo o bastante para gerar uma decisão sobre o mérito." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança.** Revista de Processo, vol. 230/2014, p. 75-84, abril de 2014.

27. Artigo 484 do anteprojeto: "A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites dos pedidos e das questões prejudiciais expressamente decididas." Esta era a normativa do anteprojeto, tendo sido os parágrafos que hoje formam o art. 503 incluídos durante as discussões na Câmara dos Deputados.

28. Destaca-se que o novo CPC demonstra grande preocupação e apresenta várias tentativas para a solução dos problemas decorrentes da existência de causas repetitivas (causas que contenham a mesma questão jurídica, e que, por coerência, devem ser decididas de modo diverso). Nesta linha de preocupação se compreende a decisão de extensão da coisa julgada material às questões prejudiciais. Se questões idênticas em processos diversos, entre partes diversas, devem ter a mesma solução, com muito mais razão deve-se evitar que uma mesma questão entre as mesmas partes possa ter solução diversa em mais de um processo. São situações que, embora diversas, impõem soluções que privilegiam a harmonia e a coerência do sistema judicial.

da permanência e estabilidade das decisões proferidas em um processo judicial, quando não mais suscetível de impugnação recursal. Como afirma Antonio do Passo Cabral, "quanto mais as questões prévias forem vinculativas (e não apenas a questão principal decidida no dispositivo) mais o tráfego jurídico será seguro pela previsibilidade e pela continuidade tendencial das posições estáveis."[29]

Trata-se de uma nova perspectiva da coisa julgada, que impõe um modelo de coisa julgada diverso daquele que incide sobre o dispositivo da sentença, pois, embora propensa a gerar os mesmos efeitos, somente se forma diante da presença de requisitos específicos.

2.1.2. *A inspiração do tema no direito norte-americano* - issue preclusion

A disciplina do tema no novo CPC tem clara inspiração no direito norte-americano, em especial na disciplina do instituto da *issue preclusion* (também chamada *collateral estoppel*). A aplicação, pela jurisprudência, do instituto da *issue preclusion*, tem por escopo evitar que algumas questões específicas que já foram objeto de discussão e decisão em um processo, com amplo contraditório, possam ser novamente discutidas em outro processo.[30] A vedação de rediscussão das questões já decididas ocorre, naquele sistema, ainda que os pedidos do segundo processo sejam diversos daquele feito no primeiro, e, na visão atual, ainda que as partes do segundo processo não sejam as mesmas do primeiro. Difere, portanto, do instituto da coisa julgada, tanto no direito brasileiro quanto no norte-americano (*claim preclusion*), por não se referir à imutabilidade do pedido deduzido na demanda, mas sim de questões decididas antes do julgamento do mérito, seja como antecedente lógico na sentença ou por decisão interlocutória anterior.[31]

Outra diferença importante decorre do fato de que a alegação de *issue preclusion* no segundo processo pode ser afastada por decisão deste juiz, se entender que não se configurou a preclusão no processo anterior, ou, ainda, se entender que o tempo decorrente entre o primeiro e o segundo processo possibilitou um "avanço argumentativo" ou probatório do tema que justifique uma nova decisão acerca da questão controvertida.[32]

29. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.** Salvador: Juspodivm, 2013. p. 399.

30. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure.** 3ª edição. West group, 1999.

31. CHASE, Oscar G. e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**, St. Paul, MN: Ed. Thomson/West, 2007. p. 437 e seguintes.

32. CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.** Salvador: Juspodivm, 2013. p. 196 e seguintes

A doutrina paulatinamente construída, nos EUA, a partir da aplicação do instituto da *issue preclusion* exige, para impedir que a questão possa ser rediscutida em outros processos, que no processo original tenha havido efetivo contraditório sobre a questão (*issue*) controvertida, bem como efetiva decisão judicial sobre a controvérsia, além de ser previsível para as partes, durante o primeiro processo, que aquela questão venha a ser coberta pela preclusão extraprocessual em outras demandas.[33]

A construção teórica desenvolvida pela doutrina norte-americana, e o atual estágio da aplicação dos institutos não os deixam imunes à crítica. Com efeito, como demonstram Gidi, Tesheiner e Marilia Zanela, em longo artigo sobre o tema, na aplicação prática do instituto nos EUA há grande dificuldade em se identificar, no segundo processo, se a questão que se pretende preclusa é idêntica àquela já discutida no processo anterior. As maiores dificuldades são reconhecer se a questão foi realmente objeto de decisão judicial, se era essencial à solução daquele processo, se o contraditório desenvolvido no processo originário foi efetivo, e se havia previsibilidade, para as partes, de sua aplicação em processos futuros. Esta dificuldade tende a se repetir no Brasil com o sistema adotado pelo novo CPC.

Diante das dificuldades práticas apresentadas pelo sistema norte americano é que os referidos autores são veementemente contra sua aplicação ao processo brasileiro, defendendo que "com relação às ações simples (...) mantém-se a conclusão de que a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais pode tornar ainda mais demorados e complexos os processos judiciais, tanto o processo no qual a questão é decidida pela primeira vez, quanto aquele no qual a autoridade de coisa julgada de tal decisão é invocada. As hipóteses em que essa consistência adviria sem que nenhuma das dificuldades apontadas ocorresse são muito poucas para justificar a complexidade do novo sistema."[34]

Sem se negar a validade da crítica empreendida acima, há que se perceber, contudo, que o sistema norte-americano como um todo é muito diverso do brasileiro, e a dificuldade de identificar as questões *(issues)* que foram decididas decorre, principalmente, de fatores que não estão presentes no direito brasileiro. Apenas a título de exemplo, o direito norte-americano permite, em ampla margem, a alteração dos pedidos e das causas de pedir ao longo do processo, assim como permite (e isso ocorre comumente) a inclusão de novos argumentos durante o processo, por não haver regras preclusivas rígidas impondo um limite temporal, no procedimento, para a estabilização da demanda, como há no direito brasileiro. Ademais, no direito norte-americano há a necessidade de que

33. TARUFFO, Michele e HAZARD JR., Geoffrey C. **American Civil Procedure - an introduction**, Yale: Yale University Press, 1993.

34. GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marilia Zanela. **Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil - reflexões inspiradas na experiência norte-americana.** Revista de Processo n. 194, RT, abril de 2011. p. 133

todos os possíveis pedidos e causas de pedir decorrentes da mesma transação/relação/ato ilícito (ou seja, da mesma causa) sejam incluídos na mesma demanda, sob pena de preclusão do pedido que poderia ter sido formulado e não o foi. Tais diferenças marcantes com o sistema brasileiro influenciam demais o processo americano, permitindo que o debate argumentativo das partes seja muito mais amplo, incluindo todas as questões que possam ter pertinência ao tema, e que nem todas as questões sejam decididas. Estas regras também contribuem para a dificuldade de identificação das questões que ficaram preclusas, não se podendo atribuir esta dificuldade apenas à existência da *issue preclusion*.

Enfim, a preclusão, no sistema norte-americano, está muito mais relacionada à discussão travada pelas partes que ao conteúdo e à autoridade da decisão judicial, o que dificulta sobremaneira a identificação, em um futuro processo (principalmente entre partes diferentes) daquilo que foi coberto pela discussão, e, consequentemente, pela preclusão.

O estudo do sistema norte-americano, fonte de inspiração da nova legislação processual no tocante à ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, constitui ponto relevante no implemento do novo sistema processual brasileiro, desde que se consiga identificar não somente os pontos de aproximação, mas também a diferença entre os dois sistemas, a fim de que se possa aproveitar a experiência já construída pela doutrina e jurisprudência norte-americana e os defeitos de sua aplicação, para o implemento da técnica no direito brasileiro.

2.1.3. Críticas ao sistema do novo CPC

A regra do novo CPC já vem suscitando críticas doutrinárias, especialmente daqueles preocupados com a insegurança que a nova regra pode gerar para as partes[35] e com a ampliação da duração de cada processo.

As críticas relacionadas à insegurança decorrem da preocupação com a aplicação prática da norma contida no art. 503, §1°, em especial em razão das dificuldades que terão a partes em identificar, com a maior certeza possível, durante o curso do processo, quais as questões que no futuro serão cobertas pela preclusão decorrente da coisa julgada. No regime do código revogado, como a coisa julgada dependia de pedido expresso de uma das partes, esse risco era bastante reduzido, pois a identificação da questão era facilitada (ao menos em tese) pelo pedido deduzido na ação declaratória.

Além da insegurança, a ampliação do tempo de duração dos processos também constitui consequência quase inevitável da nova regulamentação da

35. "Essa questão voltou à tona com a elaboração do Código de 2015, que, na ânsia de simplificar o procedimento extinguiu a chamada ação declaratória incidental para não mais permitir a propositura de ação incidente para estender a coisa julgada à questão prejudicial. Em contrapartida, em evidente retrocesso, que certamente gerará grande insegurança jurídica, estendeu a coisa julgada à apreciação da questão prejudicial, independentemente de pedido expresso de qualquer das partes, se concorrerem os três pressupostos previstos no §1º do art. 503; (..)." GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. II. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 335.

coisa julgada das questões prejudiciais. Com efeito, sabendo as partes que sobre todas as questões prejudiciais suscitadas no processo incidirá a autoridade da coisa julgada, devem ter preocupação muito mais acentuada com as referidas questões, envidando todos os esforços possíveis tanto em sua argumentação quanto para a produção de provas a respeito dos fatos jurígenos que fundamentam as prejudiciais. Seria possível antever-se, portanto, a tendência de aumento no tempo de duração do processo, ante a necessidade de maior desenvolvimento da argumentação, assim como do tempo despendido com a instrução processual.

A experiência do direito norte-americano demonstra que, se não forem estabelecidas com segurança as hipóteses em que ocorrerá a coisa julgada, o aumento da duração dos processos é inevitável. Nos EUA, como não há critério objetivo para a identificação das questões (*issues*) que efetivamente ficarão cobertas pela preclusão em outros processos (*collateral estoppel*), não é raro que as partes percam muito tempo, ao longo do processo, discutindo várias questões (e tentando produzir provas acerca de fatos relativos a estas questões), sem que se saiba se estas efetivamente estarão cobertas pela preclusão. O medo da preclusão impele as partes a alongar em demasia o processo, discutindo toda e qualquer questão antecedente ao mérito, ante o risco de que venha a ser incluída na coisa julgada.[36]

Esta dificuldade de se identificar, com precisão, quais as questões sobre as quais incidirá a autoridade da coisa julgada, inclusive, já era a grande crítica à legislação de 1939, que levou à alteração do modelo quando da edição do código de 1973, e que persiste até hoje no direito norte-americano. A fim de tentar diminuir as dificuldades já conhecidas deste modelo, o legislador de 2015 estabeleceu alguns requisitos como necessários para a incidência da autoridade da coisa julgada, buscando estabelecer contornos mais precisos à identificação destas questões. Faz-se necessário, portanto, o exame acurado destes requisitos, dentro do procedimento do novo código, a fim de se tentar estabelecer com alguma segurança as hipóteses em que as questões prejudiciais serão cobertas pela coisa julgada.[37]

36. Sobre o assunto: GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa. PRATES, Marília Zanela. **Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil - reflexões inspiradas na experiência norte-americana.** Revista de Processo n. 194, Editora Revista dos Tribunais, abril de 2011.

37. Uma das grandes dificuldades de identificação da questão prejudicial no direito norte-americano diz respeito a identificar se a questão foi realmente decidida no processo, ou se, a despeito de ter sido discutida pelas partes, não foi abordada no julgamento final, por ter sido este baseado em outros argumentos ou fundamentos suficientes para o *decisum*. Não se pode olvidar, contudo, que uma das maiores exigências do novo CPC é a de fundamentação das decisões judiciais, sendo certo que o artigo 489, §1º, impõe ao julgador a fundamentação exaustiva dos julgados, devendo ser incluída no dever de fundamentação a especificação das questões prejudiciais que estão sendo decididas, ainda que na fundamentação (e não no dispositivo da sentença) e que, portanto, farão coisa julgada nos termos do art. 503 §1º do CPC.

2.1.4. Requisitos para a extensão da coisa julgada à questão prejudicial

O primeiro requisito estabelecido pelo art. 503 §1º é que a questão seja efetivamente prejudicial ao julgamento do mérito. Esta, de acordo com o dispositivo legal em comento, é aquela questão de cuja "resolução depender o julgamento do mérito." Ou seja, é a questão que constitui pressuposto necessário ao julgamento do mérito. Em outras palavras, é o ponto controvertido que precisa ser examinado antes da questão principal do processo (o pedido), mas não por uma simples estrutura procedimental (como ocorre com a determinação do valor da causa, por exemplo) mas sim porque há uma dependência lógica entre elas, já que o resultado da decisão sobre a questão prejudicial influencia decisivamente a forma como o pedido será julgado. O conteúdo da decisão sobre a questão prejudicial condiciona o conteúdo da decisão posterior, em uma relação de subordinante e subordinada.

Segundo a maior parte da doutrina atual, construída sob a égide da codificação revogada, a questão prejudicial se caracteriza, ainda, pelo fato de poder ser objeto de ação autônoma. Tal se justifica porque, sob a égide do CPC de 1973, a questão prejudicial deveria ser suscitada por meio da ação declaratória incidental, sendo imprescindível, portanto, que se tratasse de questão com autonomia para ser objeto de um pedido principal em demanda própria. Desta orientação discorda Barbosa Moreira, para quem o critério da autonomia não tem relevância como critério identificador da questão prejudicial,[38] preferindo adotar o critério da igualdade de natureza das operações mentais realizadas pelo juiz para resolver a condicionante e a condicionada (principal). Mas, em seu estudo, termina por incluir no conceito de questão prejudicial aquelas relativas às condições da ação, por exemplo, que não devem ser incluídas no âmbito do dispositivo legal ora estudado.

Entender o que pode ser objeto de uma questão prejudicial constitui uma das maiores dificuldades do estudo do tema. Adotado o critério da autonomia, a existência ou não de determinados fatos não pode ser objeto de questão prejudicial, coberta pela coisa julgada, podendo ser objeto de questão prejudicial apenas a falsidade ou não de um documento (embora, neste caso, o novo CPC tenha mantido expressamente a necessidade de propositura da ação declaratória incidental para que seu exame seja alcançado pela coisa julgada). A existência de uma relação jurídica pode ser objeto de uma questão prejudicial, apta a ser decidida com força de coisa julgada, assim como a validade ou invalidade dos atos e negócios jurídicos. O estado jurídico de uma pessoa, como o estado de filiação, também teria esta aptidão, segundo opinião doutrinária específi-

38. "Exigir a idoneidade para ser objeto principal de juízo autônomo é ultrapassar o justo limite: há questões que não satisfazem tal requisito e acerca das quais, não obstante, se pode e costuma suscitar o problema da coisa julgada." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara n. 16, 1967, p. 192).

ca.[39] Fatos, ou a sua qualificação jurídica, ainda que relevantes para a solução da lide, não são questões prejudiciais e não podem ser imunizados pela coisa julgada.

A essencialidade é outra característica sempre apontada como importante para a caracterização de uma questão como prejudicial ao julgamento do mérito. No direito norte-americano, a decisão sobre uma questão somente pode ser alcançada pela preclusão se ela tiver sido essencial para determinar o resultado do julgamento. Desta forma, se existem duas questões que são, por si só, aptas a fundamentar o pedido (pois este poderia ser julgado procedente ou improcedente com base em apenas um destes dois fundamentos), nenhum dos dois irá tornar-se imutável pela *issue preclusion*, porque nenhum deles era essencial ao julgamento do pedido. Também neste ponto, a construção norte-americana não pode ser importada automaticamente. Clarisse Leite aponta um exemplo: se o réu alega nulidade do contrato por ilicitude do objeto e por incapacidade da parte, ambas as questões são aptas a influenciar o resultado do julgamento, mas o acolhimento da primeira exclui o próprio exame da segunda.[40] Neste caso, o que é essencial é o exame da validade ou não do contrato, sendo duas as causas de pedir relativas à sua invalidade. Por ser questão prejudicial, a nulidade do contrato é que será examinada e decidida na fundamentação da sentença, e se houver contraditório efetivo entre as partes e juízo competente, estará apta a ser coberta pela preclusão decorrente da coisa julgada.

A existência de "contraditório prévio e efetivo" é outro requisito imposto pelo CPC para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Diante da imposição legal, a revelia impede que as questões prejudiciais sejam atingidas pelo alcance da coisa julgada. Com efeito, quando o réu é citado e opta por não se defender, ele faz uma avaliação do risco daquilo que pode vir a perder com sua atitude defensiva ou com sua omissão. Decidindo não se envolver no debate, ele consente com o risco de a demanda ser julgada procedente, mas apenas nos exatos termos em que foi formulada, não podendo a revelia ser usada para agravar a situação do réu além daquilo que lhe era previsível no momento da citação.

Esta exigência legal de contraditório efetivo exclui da coisa julgada, ainda, as decisões sobre questões prejudiciais proferidas em procedimentos em que a cognição, por algum motivo, seja meramente sumária (quando considerada em relação à profundidade) ou limitada (quando considerada no plano horizontal, em relação ao conteúdo que não pode ser examinado), mas apenas quando estas restrições implicarem em efetiva impossibilidade de julgamento pleno da questão prejudicial. A vedação à formação da coisa julgada em procedimentos que contenham restrições probatórias ou cognitivas, como o mandado de

39. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **A prejudicialidade no processo civil**, p. 35. *Apud* ALMEIDA, Lais Fernandes. **A extensão da coisa julgada no novo CPC e a extinção da ação declaratória incidental: uma medida de segurança jurídica**. REDP vol. XII. p. 355.

40. LEITE, Clarisse Frechiani Lara. **A prejudicialidade no processo civil**, p. 35. *Apud* ALMEIDA, Lais Fernandes. **A extensão da coisa julgada no novo CPC e a extinção da ação declaratória incidental: uma medida de segurança jurídica**. REDP vol. XII. p. 355.

segurança, as ações possessórias e o inventário, contudo, somente ocorrerá se a questão não for apreciada com a profundidade cognitiva necessária, em razão da restrição probatória ou de complexidade. Se, apesar da existência de restrições no procedimento, estas em nada afetarem a cognição exercida para o exame e julgamento de uma determinada questão, esta poderá ser coberta pela coisa julgada. Pode-se citar como exemplo uma prejudicial consistente na declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária, que não exija prova além da documental, decidida incidentalmente em mandado de segurança. Ou a decisão sobre a qualidade de herdeiro do cônjuge do falecido, proferida em processo de inventário, em que não haja necessidade de prova não documental.

A coisa julgada deve ser analisada nos termos da cognição exercida sobre a questão, ou seja, examinando-se a profundidade da cognição que pôde ser exercida, e que decorre do nível de debates travados pelas partes, do maior ou menor engajamento destas na discussão sobre aquele ponto, do fato de terem sido ou não produzidas todas as provas possíveis e necessárias à plena cognição sobre a questão. A comprovação da não exaustividade do debate (seja em razão de restrição probatória, da existência de prova que não foi ou não pôde ser usada, ou pela não percepção da relevância e da essencialidade da questão tanto pelas partes quanto pelo julgador, que levou a que a questão não fosse objeto de debate suficiente) pode vir a levar à revisão da questão em processo posterior, pelo não cumprimento do requisito do efetivo contraditório. Então não basta que não haja revelia, é preciso que se comprove o debate efetivo, sendo este requisito, dado seu grau de subjetividade, o mais propenso a gerar dificuldades de configuração e de comprovação em um segundo processo.[41]

O modelo trazido pelo novo CPC rompe também com a tradição do direito brasileiro, que sempre foi no sentido de não condicionar a formação da coisa julgada a nenhum fato relacionado ao exercício do contraditório ou da ampla defesa, nela incluída a possibilidade de produção de prova. A doutrina nacional sempre rejeitou a ideia de que a revelia, assim como a improcedência do pedido por falta de prova (embora não fossem capaz de levar a um estado de "certeza jurídica" acerca do conteúdo do pedido) pudessem impedir a formação da coisa julgada, privilegiando o caráter sancionatório da contumácia e a preservação da segurança jurídica. O risco de esvaziamento do instituto da coisa julgada e o favorecimento à multiplicação de demandas também costumam ser argumentos para se impor a formação da coisa julgada mesmo sem o contraditório pleno, ou a definição efetiva dos fatos que fundamentam o pedido.

Com o novo CPC, o regime da coisa julgada das questões prejudiciais passa a excluir de sua formação as decisões judiciais que não derivem de um contra-

41. Como afirma Leonardo Greco, a inércia ou omissão de uma das partes, que não impugne a existência desse direito ou a verdade dos fatos de que ele resulta, não é suficiente para caracterizar o contraditório efetivo." GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Vol. II. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 336.

ditório real, restrição esta que não existe com o regime de formação da coisa julgada sobre o pedido principal. Passa-se a ter, então, dois regimes diferentes e antagônicos para a formação da coisa julgada, sendo que em relação às questões prejudiciais, a ausência de participação efetiva das partes no debate judicial impede a sua formação, ao passo que o regime comum da coisa julgada continua permitindo sua formação, com o grau máximo de estabilidade conferida pelo sistema, às decisões proferidas até mesmo em caso de revelia da parte ré.

O último requisito legal é a competência do juiz da causa para decidir a prejudicial com força de coisa julgada. Não se pode esquecer que existem situações em que o julgador tem competência para examinar uma questão incidentalmente, mas não para decidi-la com força de coisa julgada, por incompetência absoluta, como no sempre lembrado exemplo da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo feita pelo juiz singular. Nestas hipóteses, embora se trate de questão prejudicial, ainda que tenha havido o necessário contraditório entre as partes, falta competência ao julgador para que a decisão adquira a imutabilidade da coisa julgada. Esta decisão continua, portanto, restrita ao processo, sem aptidão para produzir efeitos fora dele.

2.1.5. *Da importância da fase de saneamento do processo para a identificação das questões prejudiciais que restarão cobertas pela coisa julgada*

Como visto, há grande dificuldade em conceituar e identificar, em cada caso concreto, as questões prejudiciais sobre as quais poderá se formar a coisa julgada, sendo certo que tal identificação é essencial para que as partes possam estruturar adequadamente o debate ao longo do processo, bem como para que, em um segundo processo entre os mesmos litigantes, se possa evitar uma interminável discussão e indefinição acerca do que foi estabilizado no processo anterior, com grande perda de tempo e grave prejuízo à previsibilidade e à segurança jurídica que são (ou, ao menos, que deveriam ser) o escopo das regras sobre coisa julgada.

A fim de se tentar minorar os riscos decorrentes da indefinição dos limites objetivos da coisa julgada, faz-se necessário que, por ocasião da fase de saneamento, sejam definidas, junto com os pontos controvertidos, as questões efetivamente prejudiciais ao julgamento do mérito existentes no processo. A decisão saneadora é o momento processual adequado para que, entre outras providências essenciais à ordenação da marcha processual, sejam delimitadas "as questões de direito relevantes para a decisão do mérito" (art. 357, inciso IV), podendo ser extraída desta determinação legal o dever de também serem definidas, no momento do saneador, as questões que já se apresentam como prejudiciais ao julgamento do mérito, e que poderão receber a autoridade da coisa julgada.

Embora a realização do saneamento do processo em audiência seja apenas uma exceção (a ser usada em casos de maior complexidade) e não a regra, não

se pode esquecer que o código impõe um novo paradigma de processo cooperativo, assim como o contraditório exige um dever de diálogo entre as partes e o julgador. Nesta visão, ainda que o saneamento seja realizado por decisão escrita, sem interação entre o julgador e as partes, estas podem de antemão provocar o juiz sobre as questões prejudiciais que precisam ser desde logo fixadas, assim como podem, no prazo de cinco dias após o saneador, requerer esclarecimentos, retificações e a complementação da decisão saneadora também neste ponto. Destarte, embora não haja mais interesse na propositura da ação declaratória incidental, nada impede (ao contrário, a necessidade de clareza e o princípio da colaboração exigem) que as partes requeiram, na contestação e na réplica, que o juiz, por ocasião do saneador, se manifeste sobre as questões que entendem que são prejudiciais, já as identificando e delimitando seus contornos.

Cumpre esclarecer que não há quebra da imparcialidade do julgador ou adiantamento do seu convencimento, pois não haverá, neste momento, decisão acerca das questões, mas apenas a delimitação de quais são as questões prejudiciais essenciais ao julgamento, que devem ser objeto de prova, e que possuem aptidão para serem cobertas pela coisa julgada. Ou seja, verdadeira atividade de ordenação do processo a seu fim, e de implementação do necessário diálogo cooperativo entre os participantes da relação processual para a construção do melhor caminho até a solução final.

Da mesma forma que a decisão acerca da determinação do ônus da prova deve ser proferida antes da fase instrutória, para que as partes tenham ciência dos seus ônus e das consequências do descumprimento, além de tempo para a produção das provas necessárias, também a identificação das questões prejudiciais deve ser feita no saneador, permitindo que o dispêndio de tempo com a fase instrutória seja proporcional à complexidade e importância das questões que restarão imunizadas pela coisa julgada. A correta identificação das questões prejudiciais permite que as partes possam conduzir a atividade instrutória subsequente já cientes daquilo que restará imutável, direcionando seus esforços para a prova dos fatos essenciais ao seu direito, evitando que se perca tempo com a discussão mais exaustiva de questões que não integram o pedido nem constituem prejudiciais, ou seja, que não serão cobertas pela coisa julgada, com o retardamento desnecessário do processo. Evita-se, assim, de certo modo, a insegurança decorrente da incerteza na definição das questões que efetivamente restarão preclusas ao final do processo.

Não se olvide, ademais, que a norma contida no art. 10 do CPC determina, em respeito ao contraditório, que o julgador não pode decidir com base em fundamento jurídico que não tenha sido discutido previamente pelas partes, razão pela qual deve, no saneador, "delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito". Destarte, se há uma questão cujo julgamento seja prejudicial ao mérito, as partes devem ser instadas a se manifestar sobre ela antes da decisão final, trazendo para o processo seus argumentos e provas que envolvam o tema debatido, permitindo, assim, a correta solução da lide e evi-

tando a posterior anulação da sentença por infringência à garantia do contraditório positivada na norma do art. 10. Não restam dúvidas, portanto, também por este motivo, que o momento ideal para a delimitação destas questões é o momento do saneador (seja ele proferido mediante decisão isolada ou em colaboração com as partes, como permite o art. 357, §3°), quando ainda é possível o incremento do debate e a produção de provas sem que se tenha que retornar a fases já superadas na marcha processual.

2.1.6. *Da ação declaratória incidental*

Questão interessante diz respeito à subsistência ou não da ação declaratória incidental no CPC de 2015, em razão da regra que estende a coisa julgada às questões prejudiciais independentemente de pedido das partes.

Inicialmente, há que se destacar que há uma hipótese específica na qual o novo CPC prevê a necessidade da ação declaratória incidental para se conferir eficácia de coisa julgada a uma questão que seria decidida apenas incidentalmente, qual seja, aquela destinada à declaração de falsidade de documento. Com efeito, depreende-se das normas insertas nos artigos 430 e 433 do CPC que a falsidade de documento, ainda que constitua questão prejudicial ao julgamento de mérito de uma demanda, e preencha os demais requisitos previstos no art. 503 e §1° do CPC, não poderá ser coberta pela imutabilidade da coisa julgada. Trata-se de exceção à regra do art. 503, haja vista que a decisão sobre a falsidade ou não do documento, ainda que constitua questão prejudicial, necessita de pedido expresso de uma das partes para ser decidida com força de coisa julgada.[42]

Fora da hipótese da falsidade de documento, cumpre analisar se ainda seria possível a postulação de pedido declaratório, incidentalmente no processo, por qualquer das partes, bem como se haveria interesse processual na formulação de um pedido desta espécie.

Destaca-se que, sob a égide do CPC de 1939, em que havia extensão da coisa julgada à motivação da sentença, parte da doutrina entendia possível a propositura de ação declaratória incidental para que não pairassem dúvidas acerca das questões que deveriam ser decididas com força de coisa julgada.[43] O

42. Importante ressaltar que não há unanimidade doutrinária acerca da subsistência da ação declaratória incidental nem mesmo na hipótese da falsidade de documento. Para Cassio Scarpinella, por exemplo, as normas dos arts. 430 e 433 seriam exceção à regra do 503, mas não permitiriam a sobrevivência da ação declaratória. Neste sentido, seu comentário: "uma última observação é importante: a solução da falsidade de documento, nos moldes do art. 430 só transita materialmente em julgado se houver expresso pedido da parte que a arguiu. É a interpretação que decorre do art. 433. Não que para estes casos tenha subsistido a "ação declaratória incidental". O que a interpretação do precitado art.433, máxime quando emparelhado com o art. 436, II, sugere, é que, para aquelas hipóteses, o novo CPC excepciona, embora em perspectiva diversa, a novel regra do §1º do art. 503." (BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo CPC Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015. p. 335)

43. Neste sentido, Alfredo Buzaid, José Ignácio Botelho de Mesquita, Lopes da Costa e outros (sobre o tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Questões prejudiciais e coisa julgada.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara n. 16, 1967, p. 216 e seguintes).

interesse processual adviria pura e simplesmente da obtenção de certeza acerca das questões que seriam alcançadas pela coisa julgada. Já na vigência do código de 2015, há quem sustente, em sede doutrinária, que o interesse na propositura da ação declaratória adviria da diferença entre o regime da coisa julgada especial (decorrente da regra do art. 503, §1°), e do regime comum da coisa julgada, podendo ser proposta ação declaratória para retirar a questão prejudicial do regime especial, transportando-a para o regime comum da coisa julgada.[44]

Neste ponto, parece-me necessário se considerar duas situações diversas. Se todos os requisitos exigidos pelo art. 503, §§1° e 2° estão presentes no processo, não haveria *necessidade* de propositura da ação declaratória incidental por qualquer das partes, pois a questão prejudicial já teria aptidão para fazer coisa julgada em razão da determinação legal. Contudo, nada impede que as partes formulem expressamente o pedido declaratório incidental pretendido, para que seja examinado na parte dispositiva da sentença, com o único intuito de evitar e eliminar futuras discussões, em outros processos, acerca dos limites objetivos da coisa julgada, do preenchimento dos requisitos legais e do conteúdo decisório que foi efetivamente atingido por ela. Neste caso, porém, o pedido declaratório, por não importar em efetiva alteração ou aditamento do pedido inicial ou reconvencional (sendo mera busca de certeza acerca das questões prejudiciais que já estariam cobertas pela coisa julgada por força de lei), não estaria condicionado aos limites procedimentais relativos à estabilização objetiva da demanda, previstos no art. 329 do CPC.

Situação diversa ocorre quando, por ausência de algum dos requisitos previstos no art. 503, §§1° e 2°, a questão prejudicial não puder ser alcançada pela coisa julgada. Neste caso, somente com pedido expresso de uma das partes tornar-se-ia possível que a decisão sobre a questão prejudicial estivesse apta a se tornar imutável pela coisa julgada. Estaria presente, portanto, o interesse processual para a formulação de verdadeiro pedido declaratório incidental, devendo ser analisada, então, a limitação temporal para a formulação incidental deste pedido à luz das regras de estabilização da demanda.

Em relação ao réu, não há dúvidas de que este poderia formular pedido declaratório em sede de reconvenção, agora apresentada na própria contestação, diante da simplificação da defesa imposta pelo art. 343 do novo CPC. Imagine-se, por exemplo, uma ação fundada em direito real imobiliário proposta contra dois cônjuges que estejam separados de fato (art. 73, §1°, inciso I ou IV). Pode-se imaginar que um dos réus, citado pessoalmente, deixe escoar o prazo de defesa e permaneça revel. Qualquer questão prejudicial suscitada pelo segundo réu não poderia ser decidida com força de coisa julgada, em razão da revelia do litisconsorte. O segundo réu, representado pela Defensoria Pública, com prazo em dobro para apresentação da contestação, já sabendo da revelia do primeiro réu, poderia propor, com a reconvenção, uma ação declaratória para transfor-

44. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito Processual Civil** vol. 2. 10ª Edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015. p. 540)

mar a questão prejudicial incidental suscitada na contestação (como a nulidade do contrato, por exemplo) em questão principal.[45]

Em relação ao pedido declaratório incidental formulado pela parte autora, diante da ausência de permissão legal expressa equivalente ao art. 325 do código revogado, deve-se analisar, quando existente o interesse processual, as regras que regulamentam a possibilidade de alteração e inclusão de novos pedidos depois da propositura da ação.

De acordo com a regra do artigo 329 do CPC, só é possível o aditamento do pedido antes da citação, embora a jurisprudência venha estendendo esta permissão até o momento anterior ao início do prazo de defesa do réu[46]. Neste caso, se durante as discussões travadas na audiência de conciliação ou de mediação o autor identificar a existência de alguma controvérsia acerca de uma questão prejudicial, por exemplo, seria possível o aditamento da inicial para a inclusão de um pedido declaratório, desde que o réu seja intimado do conteúdo do aditamento antes do início do prazo de defesa, assegurando-se a este, sempre, o amplo direito de manifestação e defesa.

Após a apresentação da defesa do réu, se houver verdadeiro interesse processual (decorrente, como dito, da ausência de algum dos requisitos do art. 503, §§1° e 2°, o que impediria a extensão automática da coisa julgada à questão prejudicial), ainda pode ser formulado pedido declaratório incidental por parte do demandante, mas, neste caso, de acordo com a regra de estabilização objetiva da demanda contida no art. 329, inciso II, do CPC, a própria formulação do pedido ficaria sujeita à concordância do réu. Havendo discordância motivada deste, o pedido formulado apenas pela parte autora não poderia ser admitido.

No sistema adotado pelo CPC revogado, após a prolação de decisão saneadora, não era possível qualquer alteração objetiva da demanda, anda que com consentimento das partes, sendo o saneador, portanto, o momento procedimental limite para qualquer alteração dos pedidos. O novo CPC, embora não contenha vedação expressa à alteração da demanda após a decisão saneadora, parece pretender manter esta proibição, decorrente de uma interpretação lógica do art. 329, inciso II do novo CPC. Contudo, não se pode olvidar que o novo ordenamento processual confere amplo poder às partes de promoverem

45. O entendimento dos processualistas reunidos no Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) também foi pela permanência do interesse, como se depreende do teor do enunciado 111 daquele Fórum: "Persiste o interesse no ajuizamento da ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental."

46. Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PETIÇÃO INICIAL. RETIFICAÇÃO DO VALOR INICIALMENTE INDICADO. PETIÇÃO APRESENTADA ANTES DA CITAÇÃO MAS POSTERIORMENTE À EXPEDIÇÃO DO MANDADO. ART. 264, CPC. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. - O art. 264, CPC, veda a modificação do pedido ou da causa de pedir, sem o consentimento do réu, após a citação. Assim, a alteração do pedido, mesmo após a confecção do mandado de citação, mas antes da citação, tem validade e deve ser observada pelo juiz." (REsp 400042/PE - QUARTA TURMA - rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - j. 21/05/2002 - DJ 02/09/2002 p. 196).

alterações no procedimento através da realização de convenções processuais, podendo ser aventada a hipótese de as próprias partes, por meio de um negócio jurídico processual celebrado até mesmo após a decisão saneadora, convencionarem que determinada questão, ainda que não preencha os requisitos contidos no art. 503 §§1° e 2° do CPC (ressalvada a hipótese de incompetência absoluta do juízo) venha a ser decidida como questão principal, com aptidão para fazer coisa julgada material nos termos do caput do art. 503 do CPC. Trata-se de convenção processual consentânea com o princípio da economia processual, por permitir a decisão definitiva da questão prejudicial, evitando sua rediscussão em novo processo.

Da mesma forma, não se pode negar a possibilidade de as partes celebrarem uma convenção processual, também nos termos do art. 190 do novo CPC, retirando a eficácia vinculante da coisa julgada de alguma questão prejudicial. Não haveria qualquer impedimento abstrato à celebração de convenção nestes termos, pois o interesse público na solução global das questões não pode superar o interesse manifesto das partes em não litigar com profundidade a respeito de determinadas questões. As partes podem julgar que não é o melhor momento para litigar em definitivo sobre uma determinada questão, ou porque não têm provas suficientes para tanto, ou porque a discussão sobre a prejudicial iria tomar tempo e esforço demais naquele processo, ocasionando uma demora indesejada e nociva à solução da questão principal. Se o objeto litigioso é determinado pelas partes, dentro de sua autonomia de vontades, e a regra de vinculatividade das prejudiciais é exceção, não se pode negar aos litigantes o direito de excluir determinada questão da decisão judicial, ainda que ela constitua premissa lógica e necessária, a ser analisada (mas não decidida) pelo julgador para o julgamento do mérito. Ademais, a regra de controle judicial das convenções processuais (art. 190, parágrafo único do CPC), quando não haja desequilíbrio entre as partes, permite a rejeição da convenção apenas nos casos de nulidade da convenção, o que não se vislumbra.

Outro ponto relevante diz respeito ao momento em que possa ser proferida a decisão acerca da questão prejudicial. É possível que a decisão sobre a questão prejudicial seja proferida não na sentença, mas em decisão parcial de mérito, nos termos do art. 356 do CPC? Deve-se observar que a regra contida no art. 356 do CPC permite ao julgador decidir parcialmente o mérito, julgando um ou mais pedidos, quando forem incontroversos ou quando não houver mais nenhuma prova a ser produzida para o exame daquele pedido. Ora, a análise e decisão sobre a questão prejudicial não é decorrente de um "pedido" de nenhuma das partes, então tecnicamente não poderia ser proferida neste momento, isoladamente. Mas se houver mais de um pedido formulado na inicial, uma questão prejudicial de mérito relativa a um destes, e este puder ser julgado antecipadamente, a questão prejudicial também será objeto de decisão antecipada parcial de mérito, por ser decidida como premissa necessária do pedido objeto da decisão parcial de mérito. Trata-se, portanto, de decisão parcial de mérito que julga antecipadamente um pedido e uma questão que lhe era prejudicial,

atacável por recurso de agravo de instrumento (art. 356, §5 c/c art. 1015, inciso II) e sujeita à ação rescisória (966, caput, CPC).

Registre-se, por fim, que a alteração no tratamento da matéria feita pelo novo CPC implica em alteração em toda a estratégia processual das partes, desde o momento da propositura da ação, passando pela apresentação da contestação e pelas escolhas realizadas na fase instrutória. Destarte, a fim de evitar prejuízos aos litigantes com a ruptura da previsibilidade necessária ao processo, o CPC traz importante regra de direito intertemporal no art. 1054, determinando que a coisa julgada das questões prejudiciais somente é aplicável às ações iniciadas após a vigência no novo CPC.

2.2. Limites subjetivos da coisa julgada

Em relação aos limites subjetivos da coisa julgada, a maior novidade do novo CPC diz respeito à redação do art. 506 do novo CPC, equivalente à primeira parte do antigo artigo 472, mas com uma diferença bastante relevante. A redação do artigo 506 determina que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros". Percebe-se que, em comparação com a norma do antigo art. 472, foi retirada a referência à impossibilidade de a coisa julgada decorrente da sentença de mérito beneficiar um terceiro. Tal dispositivo vem suscitando curiosidade na doutrina, ante a admissão de que um terceiro pode se beneficiar da coisa julgada produzida em processo do qual não fez parte, e em que hipóteses isso seria possível.

Uma das hipóteses comumente lembrada pela doutrina é aquela prevista no art. 274 do código civil (que, inclusive, teve sua redação alterada pelo art. 1.068 do novo CPC), que permite que um credor solidário demande judicialmente o devedor comum, obtendo sentença condenatória que beneficiará os demais credores solidários.

Outras hipóteses sem previsão legal expressa podem ocorrer, sempre que a decisão de um processo entre duas partes possa beneficiar um terceiro. O enfoque que deve ser dado ao tema é o das garantias constitucionais, em especial do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa e devido processo legal, que impedem que o terceiro seja prejudicado por uma decisão judicial em processo do qual não fez parte, mas não impedem que possa se beneficiar desta decisão.

Neste sentido, inclusive, é o enunciado 234 do FPPC: "A decisão de improcedência na ação proposta pelo credor beneficia todos os devedores solidários, mesmo os que não foram partes no processo, exceto se fundada em defesa pessoal."

CAPÍTULO XVII
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 SOB A ÓTICA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Vinicius Lamego de Paula

1. DO DIREITO DE POSSE E DA SUA FUNÇÃO SOCIAL

Tendo em vista a existência de normas que versam sobre direito material (normas heterotrópicas)[1] na regulamentação das ações possessórias, a teoria da posse adotada possui grande influência no direito processual das tutelas possessórias.

O Código Civil de 2002 (CC/2002), em seu art. 1196, define como *possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade*. Este conceito de possuidor decorre da Teoria Objetiva de Ihering que considera a posse como a mera exteriorização do direito de propriedade, o qual não mais se adéqua à nossa realidade.

Da mesma forma, a Teoria Subjetiva de Savigny, apesar de conferir certa autonomia ao direito de posse em relação ao direito de propriedade, também se encontra ultrapassada, uma vez que se baseia na pretensa autonomia da vontade do indivíduo e não no aspecto social da posse.

Na atualidade, o Direito de posse não deve ser considerado como um direito patrimonial de exteriorização do direito de propriedade, mas como um **direito autônomo de personalidade**, relacionado ao poder fático sobre a coisa

1. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 795.

e à sua efetiva utilização com a finalidade de se garantir uma vida digna ao possuidor[2].

O Enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal n. 492 adota a teoria sociológica da posse ao estabelecer que: *a posse constitui* ***direito autônomo em relação à propriedade*** *e deve expressar o aproveitamento dos bens para o* ***alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.***

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos subjetivos não devem ser tratados por um viés puramente individualista, sendo cada vez mais relevante a preocupação com o respeito aos interesses da coletividade no exercício destes direitos. Neste sentido, o direito possessório deverá ser analisado com base na sua função social. Ao contrário da função social da propriedade, a função social da posse decorre diretamente da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CFRB) e do objetivo de redução das desigualdades sociais (art. 3°, III, da CFRB), portanto, deve ser protegida independentemente da inexistência de previsão constitucional expressa[3].

Sobre a função social da posse Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que:

> Resumindo, **a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positivação expressa no Código Civil (art. 1228, §1°), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre este importante modelo jurídico, pois o acesso à posse **é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.**[4]

Assim, na análise dos requisitos previstos no art. 561 do CPC/2015 deve-se levar em consideração a função social da posse, privilegiando-se a utilização de um bem para fins de moradia e como forma de exercício da dignidade da pessoa humana em comparação com qualquer outro uso que o proprietário possa vir a dar à coisa. Especificamente em relação às ações possessórias que envolvem um maior número de pessoas, a previsão de uma audiência de mediação com a participação dos agentes responsáveis pela política urbana e agrária já trouxe um considerável avanço em relação à discussão da função social da posse.

2. FARIAS E ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson; Curso de Direito Civil, Vol. 5, 8ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2012, pág. 78.
3. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Os direitos reais no novo Código Civil. Emerj ed. Especial julho/2002 a Abril/2003, parte II, p. 171.).
4. (FARIAS E ROSENVALD, Cristiano Chaves de e Nelson; Curso de Direito Civil, Vol. 5, 8ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2012, pág. 78).

2. DAS NORMAS PROCESSUAIS QUE PROTEGEM A AUTONOMIA DO DIREITO DE POSSE EM RELAÇÃO AO DE PROPRIEDADE:

O direito de posse não pode ser concebido como a exteriorização do direito de propriedade, mas como um direito autônomo de personalidade relacionado ao poder fático sobre a coisa. No intuito de se garantir a autonomia do direito de posse, o CC/2002, em seu art. 1.210, §2° e agora o CPC/2015, em seu art. 557, parágrafo único, estabelecem que a alegação de direito de propriedade ou de outro direito real sobre a coisa não possuem qualquer efeito nas ações possessórias.

Alguns doutrinadores[5] defendem a possibilidade de discussão do domínio nas ações possessórias nos casos em que a alegação do direito de posse de ambas as partes decorre do domínio. Esta posição se originou da interpretação do art. 505, do Código Civil de 1916, dada pelo Superior Tribunal Federal ao editar a súmula 487, segundo a qual "será deferida a posse, a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada".

Todavia, o entendimento mais apropriado à autonomia do direito de posse é o de que com a revogação do Código de 1916, esta hipótese de exceção em relação à eficácia da alegação do direito de domínio nas ações possessórias restou superada[6].

Outra norma de proteção da autonomia do direito de posse é a vedação, prevista no art. 557, do CPC/2015, da interposição de ação de reconhecimento de domínio no decorrer da ação possessória, desde o seu ajuizamento até o seu trânsito em julgado.

Sobre esta norma, Humberto Theodoro Júnior afasta qualquer tentativa no intuito de limitá-la, uma vez que "*a vedação da concomitância do possessório e petitório tem raízes profundas na questão da paz social e no repúdio ao uso arbitrário das próprias razões*"[7].

Ressalva-se apenas que a pendência de ação possessória não impede a interposição de ação de reconhecimento de domínio em face de terceira pessoa.

5. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 804. CABRAL, CRAMER; Antônio do Passo, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Forense: Rio de Janeiro/RJ, 2015, pág. 898. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**, 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 921/922.
6. Neste sentido: MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; Luiz Guilherme, Sérgio Cruz, Daniel. Curso de Processo Civil, Volume 3, Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. Revista Dos Tribunais Ltda: São Paulo/SP, 2015, pág. 157. Gonçalves, Marcus Vinicius R. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento e procedimentos. Volume 2, 12ª edição.*. Saraiva, 12/2015.
7. Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol. II, 50ª edição. Forense, 01/2016.

3. DA TUTELA POSSESSÓRIA

Transcrevendo-se o art. 1210, *caput*, do CC/2002, *"o possuidor tem o direito de ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no caso de esbulho e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado"*.

Ao ocorrer um incômodo sem haver uma efetiva perda da posse, diz-se que o possuidor sofreu uma turbação, tendo este o direito de ser mantido na posse com a cessação do incômodo. Já em uma hipótese mais grave, em que o ocorre a perda da posse, configura-se o esbulho possessório, tendo o direito de ser restituído na posse. Caso o possuidor seja apenas ameaçado de sofrer uma violência iminente na posse, havendo um fundado receio, deve ser segurado deste ato que está prestes a ocorrer, com a proibição de sua concretização.

A pretensão de ser reintegrado ou mantido na posse de um bem configura uma obrigação de fazer do requerido, sob pena de cumprimento forçado da ordem. Já a proteção a uma violência iminente na posse representa uma obrigação de não fazer, que em regra envolve a imposição de sanções no sentido de inibir a prática do ato de violência. Para que seja possível a prestação da tutela inibitória, a ameaça deve ser séria e a agressão deve ser injusta.

O direito possessório está obrigatoriamente vinculado a uma coisa, seja móvel ou imóvel, pelo que não há que se falar na existência de direito possessório sobre direitos pessoais. Por esse motivo a súmula 228, do STJ, não admite o "interdito proibitório" para a proteção de direito autoral[8].

Ao sofrer uma privação ou incômodo na sua posse, recomenda-se que o indivíduo lesado exerça o seu direito de ação, no intuito de retomar a sua posse mansa e pacífica. A ele, de acordo com o art. 1.210, §1°, do CC/2002, é facultada a utilização do desforço imediato, todavia, este apenas pode ser exercido logo após à investida contra a sua posse e não pode envolver o exercício de força desproporcional, sob pena de configurar abuso de direito. De acordo, com Humberto Theodoro Júnior, a tutela privada no sentido de proteção da posse não pode empregar o uso da violência[9].

Ao buscar a tutela do seu direito possessório, o possuidor irá dar entrada em um processo que será regido por um procedimento especial mais adequado ao para a prestação do direito material pretendido. Para esse fim, o Código de Processo Civil de 2015 prevê na parte de procedimentos especiais as "ações possessórias", as quais se subdividem em "ação de reintegração de posse", para a restituição da posse em caso de esbulho, "ação de manutenção de posse", na

8. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016. CABRAL, CRAMER; Antônio do Passo, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Forense: Rio de Janeiro/RJ, 2015, pág. 899. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; Luiz Guilherme, Sérgio Cruz, Daniel. Curso de Processo Civil, Volume 3, Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. Revista Dos Tribunais Ltda: São Paulo/SP, 2015, pág. 163; Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol II, 50ª edição. Forense, 01/2016.

9. Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol. II, 50ª edição. Forense, 01/2016.

hipótese de turbação e o "interdito proibitório", quando o possuidor pretende se assegurar de uma violência iminente à sua posse.

A este respeito o legislador perdeu uma nova oportunidade de utilizar o termo ação de forma mais técnica, na medida em que adotou a teoria imanentista ao prever vários tipos de ações diferentes relacionadas ao objeto da pretensão jurídica. Por outro lado, o conceito de ação defendido por grandes juristas como Carnelutti e Couture é o de um direito público subjetivo e abstrato, autônomo ao direito material[10]. Trata-se de questão importante e que não podemos ignorar, contudo, como o objetivo deste trabalho não é de se aprofundar na Teoria Gral do Processo, não nos afastaremos dos termos adotados na legislação em vigor.

A tutela possessória pretendida pelo possuidor, por meio das ações possessórias difere da tutela da posse pretendida pelo proprietário e daquela pleiteada por quem nunca exerceu a posse do bem e que deseja ser nela imitido. Assim enquanto a tutela possessória do possuidor é processada pelo procedimento especializado criado para este fim, a tutela do proprietário e daquele que deseja se imitir na posse, é processada pelo procedimento comum, tanto na ação reivindicatória quanto na ação de imissão de posse.

No caso de o possuidor do bem vir a óbito, a sua posse, conforme art. 1206, do CC/2202, é transmitida aos seus herdeiros ou legatários, que passam a ter legitimidade ativa para entrar com processo no intuito de exercer a tutela possessória.

Tratando-se de bem público de uso comum, possuem legitimidade para buscar a proteção possessória tanto o ente público quanto o particular que tenha se sentido lesado[11].

No processo que discute a tutela possessória, a citação do cônjuge do autor e do réu, conforme art. 73, §2°, do Código de Processo Civil de 2015, apenas se faz obrigatória havendo composse ou quando a prática do ato é realizada por ambos.

Apesar de o direito possessório possuir natureza de direito pessoal, o juízo competente para a apreciação da tutela possessória, decorrente do direito de posse, de bem imóvel é o de onde se encontra a coisa. Trata-se de previsão expressa do art. 47,§2°, do CPC/2015, que foge à regra no intuito de facilitar a instrução probatória no decorrer da demanda.[12] Ressalta-se que o juízo competente para a tutela possessória, decorrente do direito de posse, de bens móveis,

10. LEAL, Rosemiro Pereira. TEORIA GERAL DO PROCESSO - PRIMEIROS ESTUDOS. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª Ed., 2008, pág. 130/132.

11. Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol. II, 50ª edição. Forense, 01/2016.

12. Em sentido contrário, para Humberto Theodoro Júnior, o juízo competente para a apreciação da tutela possessória de bem imóvel é o local onde se encontra a coisa devido o direito de posse possuir natureza de direito real. (Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Vol II, 50ª edição. Forense, 01/2016).

segue a norma do art. 46, do CPC/2015, sendo, em regra no foro de domicílio do réu.

4. DA FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Quando um possuidor propõe um determinado tipo de ação possessória, com a posterior alteração da situação fática, ela pode prosseguir como se outra ação possessória fosse. Exemplificando, caso a ameaça de perda da posse vir a se concretizar e se tornar um esbulho, a ação de interdito proibitório anteriormente proposta pode prosseguir como se ação de reintegração de posse fosse.

Levando-se em consideração, ainda, a dificuldade de se definir a natureza da agressão em turbação, esbulho, ou simples ameaça, o princípio da fungibilidade também serve para o aproveitamento de ação interposta de forma equivocada em relação à situação de fato.

A fungibilidade das ações possessórias atende mais adequadamente à situação fática que é caracterizada pelo seu dinamismo. Está em consonância com a economia e com o aproveitamento dos atos processuais, na medida em que dispensa a interposição de nova ação para se adequar à nova situação de fato. Também atende ao princípio da celeridade processual e da eficiência, previstos no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal da República.

5. DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Ao ser incomodado, ameaçado ou esbulhado na posse de um bem, é comum que a parte lesada, além de almejar a proteção da sua posse, pretenda a indenização pelos prejuízos causados pelo ato ilícito realizado pela parte requerida. Diante disso, no intuito de se melhor adequar à realidade fática, o procedimento da ação possessória admite, conforme art. 555, do CPC/2015, a cumulação do pedido de proteção da posse com o de condenação da parte requerida em perdas e danos, o de indenização pelos frutos.

A possibilidade da cumulação desses pleitos indenizatórios com o pedido de proteção possessória contribui para a economia dos atos processuais, já que evita a interposição de nova demanda para a discussão dos pedidos indenizatórios.

No intuito de se garantir o cumprimento das medidas de reintegração ou manutenção de posse e de se evitar a ocorrência de novo esbulho ou turbação, o art. 555, parágrafo único do CPC/2015, prevê a possibilidade de imposição de medida necessária e adequada para esse fim. Trata-se de norma muito aberta que não estabelece sequer um rol exemplificativo de medidas. Assim, a aplicação desta norma pelo magistrado não pode ocorrer de forma abusiva, devendo se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, respeitando principalmente os direitos de personalidade do indivíduo.

Tem-se, ainda, que apesar da supressão de previsão expressa neste sentido, permanece a possibilidade de formulação de pedido de desfazimento de construção ou plantação nas ações possessórias, sendo que este pedido, segundo Guilherme Marinoni constitui eficácia executiva da sentença[13].

6. DO CARÁTER DÚPLICE DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Na disputa pela posse de determinado bem é comum que cada uma das partes entenda ser a sua legítima possuidora, acreditando que o outro praticou atos de esbulho ou turbação na sua posse. Assim, ao passo que a parte autora de determinada demanda que discuta o direito possessório entenda ser a titular do direito de posse sobre o bem e acuse a parte requerida de ter cometido um ato ilícito, pode ser que a parte requerida também apresente uma versão dos fatos em que se coloque como a verdadeira possuidora do bem e vítima de ato praticado pelo autor.

Dessa forma, devido a essa ambiguidade do direito possessório, nos procedimentos que visam tratar desta questão, há a previsão expressa, no art. 556, do CPC/2015, que ao réu, na contestação, é facultado alegar o sofrimento de ofensa na posse, pretender a proteção possessória, além da indenização por danos decorrentes da ofensa.

No Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), em seu art. 315, no procedimento ordinário, a formulação de pedidos pelo requerido, conexos aos pedidos formulados na petição inicial, era realizado em peça separada da contestação, denominada de reconvenção. Já no procedimento sumário, conforme art. 278, §1º, do CPC/1973, admitia-se a formulação pelo requerido, de pedidos fundados com base nos fatos apresentados na petição inicial, na própria peça de contestação, sendo denominados de pedidos contrapostos.

Assim, no Código de Processo Civil de 1973, a previsão de possibilidade de formulação de pedidos pelos requeridos na própria peça de contestação, no procedimento especial das demandas que tratam da disputa pela posse, era considerada como uma hipótese de pedido contraposto, tendo como efeito a dispensa de peça autônoma de reconvenção.

Já o Código de Processo Civil de 2015 unificou os procedimentos ordinário e sumário em um único procedimento denominado "procedimento comum", prevendo, em seu art. 343, que a reconvenção, ou seja, a formulação de pedidos pelo requerido, conexos aos pedidos iniciais, serão formulados na própria peça de contestação. Neste sentido, a diferenciação entre pedido contraposto e reconvenção não faz muito sentido, não possuindo muitos efeitos práticos, no âmbito processual, a previsão do art. 556, do CPC/2015.

---

13. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; Luiz Guilherme, Sérgio Cruz, Daniel. Curso de Processo Civil, Volume 3, Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. Revista Dos Tribunais Ltda: São Paulo/SP, 2015, pág. 155.

6.1. Do pedido contraposto de retenção e indenização pela realização de benfeitorias e acessões:

Nas lides que discutem o direito possessório também é muito comum que a parte requerida, caso não seja mantida na posse do bem, pretenda o seu direito de retenção e de indenização pelas benfeitorias e acessões, realizadas no bem objeto da lide, previstas nos artigos 1219, 1.220 e 1.255, do CC/2002.

Em relação a essas pretensões paira uma grande polêmica, já que parte da jurisprudência[14] vem entendendo que o direito de retenção e de indenização pelas benfeitorias e acessões deverá ser alegado na contestação da ação possessória, sob pena de preclusão.

Já para Marcos Vinícius Gonçalves o direito de ser indenizado não se perde ao não ser alegado em sede de defesa. Todavia, o direito de retenção pelas acessões ou benfeitorias sim.[15] Apesar da sua aceitação, esta interpretação não possui nenhum respaldo da técnica processual, já que a formulação de pedido contraposto em sede de contestação nas ações possessórias é uma faculdade da parte requerida e não uma obrigação. Assim, a não utilização desta faculdade não pode gerar sanções como a ocorrência de preclusão.

Neste sentido:

> "A jurisprudência inclina-se no sentido de que o direito à retenção, nas ações possessórias, deve ficar reconhecido na sentença. Destarte, não alegadas ou não provadas benfeitorias no curso da ação possessória, fica inibida a defesa por meio de embargos de retenção (*RT*653/187, 681/91, *JTASP*100/361,*RT-JSP*130/314). **No entanto, ainda que não seja possível esse procedimento, o credor poderá sempre recorrer às vias ordinárias; caso contrário, ocorreria enriquecimento injusto** (*JTASP*100/86). (VENOSA, Silvio de Salvo. Código Civil Interpretado, 2ª Ed., São Paulo: Atlas S.A, 2011, pág. 1215)."

O entendimento de que a discussão de retenção e indenização por benfeitorias e acessões quando não alegada em sede de contestação na ação possessória pode ser objeto de ação autônoma é reproduzido em decisões do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais de Justiça[16].

O impedimento de que a pessoa que teve demanda possessória julgada em seu desfavor exerça o seu direito de retenção e indenização por benfeitorias e acessões fere o Devido Processo Legal, principalmente os princípios do con-

14. REsp 1278094/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012.

15. GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Volume 2, Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais, Saraiva: São Paulo/SP, 8ª Edição, 2012, pág. 273. Para Theodoro Jr. Também não cabe a exceção, pág. 131.

16. TJSP; APL 0003870-44.2011.8.26.0236; Ac. 9418406; Ibitinga; Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Augusto Rezende; Julg. 10/05/2016; DJESP 18/05/2016; Apelação Cível Nº 70044682540, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em 29/11/2012;

traditório e da ampla defesa, previstos no art. 5°, LV, da Constituição Federal. Esses princípios basilares do processo constitucional não podem ser violados sob o pretexto de se buscar a celeridade processual. Assim, nos dizeres de João Batista Lopes, *"como se vê, não é possível, em nome da celeridade e da agilização, desprezar ou minimizar garantias constitucionais que representam conquistas da comunidade jurídica e de toda a sociedade"*[17].

6.2. Da possibilidade de formulação de pedido genérico de indenização pelas benfeitorias e acessões:

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 324, prevê como regra que o pedido deve ser certo e determinado, bem como apresenta algumas hipóteses de exceção em que o pedido poderá ser formulado de forma genérica. Uma delas, prevista no §1°, II, do mencionado artigo, ocorre quando não for possível determinar desde logo as consequências do ato ou do fato.

Nas ações possessórias, as partes possuem dificuldades de já indicar no início da demanda ou na reconvenção o valor de indenização pelas benfeitorias e acessões, já que isso demanda a realização de avaliação por profissional especializado. Na atuação da Defensoria Pública isso é ainda mais corriqueiro, uma vez que seus assistidos são pessoas necessitadas e não possuem condições de contratar um profissional para a avaliação do imóvel. Nestes casos, é perfeitamente admissível a realização de pedido genérico, devendo a quantificação da indenização ser realizada no decorrer da demanda judicial por meio de prova pericial. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste sentido[18].

O direito de acesso à justiça, protegido pela Constituição Federal em seu art. 5°, XXXV, não significa apenas o direito do indivíduo de interpor a demanda judicial. Este também possui um aspecto subjetivo consistente no direito a uma prestação jurisdicional efetiva[19].

Assim, é inadmissível que o indivíduo tenha a seu pedido indeferido, pelo fato de não possuir condições financeiras de realizar uma perícia judicial no intuito de quantificar o seu pedido. Além do mais porque a quantificação do pedido é perfeitamente possível de ser realizada em momento posterior, na fase instrutória da demanda, por meio de realização de perícia judicial.

17. LOPES, João Batista, **Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa na Reforma de Execução Civil**, *In*: Execução Civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior / coordenação Ernane Fidelis do Santos... [*et al*]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80-82.

18. REsp 1278094/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012.

19. ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Editora, Brasília Jurídica, 2006, pág. 63.

7. DO PROCEDIMENTO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Os requisitos para a procedência da ação de reintegração de posse, previstos no art. 561, do CPC/2015, são a demonstração do exercício de posse pelo autor em momento anterior ao esbulho, do esbulho praticado pelo réu, da data do esbulho e da perda da posse. Já para a procedência da ação de manutenção de posse, deve-se comprovar a posse exercida pelo autor em momento anterior à turbação, a turbação praticada pelo réu, a data da turbação e a continuação da posse pelo autor. Importante ressaltar que a apreciação destes requisitos não pode estar dissociada da análise da função social da posse, conforme já foi trabalhado.

Sendo as ações de reintegração e manutenção de posse interpostas em um período inferior a um ano e um dia do ato de esbulho ou turbação, estando o magistrado convencido, em sede de cognição sumária, da demonstração dos requisitos acima mencionados, poderá deferir medida liminar sem a oitiva do réu, com fundamento no art. 562, do CPC/2015.

Nas ações interpostas contra os entes públicos, exige-se a oitiva dos seus representantes processuais antes do deferimento de liminar. Por outro lado, estando presente o requisito do perigo da demora essa participação prévia poderá ser dispensada[20].

Deferida a medida liminar, caso o réu demonstre que o autor carece de idoneidade financeira para responder por eventuais perdas e danos ao final da demanda, poderá ser requerida a prestação de caução real ou fidejussória. A inovação em relação ao antigo Código de Processo Civil é que o CPC de 2015 prevê a dispensa de caução nos casos em que a parte economicamente hipossuficiente se encontre impossibilitada de prestar caução. Esta alteração é positiva, uma vez que evita que o indivíduo seja impedido de ser liminarmente reintegrado na posse de um bem devido à sua situação financeira adversa.

Caso o magistrado entenda ser insuficiente à comprovação dos requisitos, será designada audiência de justificação, com a citação do requerido para que dela participe. Na audiência de justificação o autor poderá demonstrar o seu direito por meio da produção de provas em especial, a oitiva de testemunhas. Em relação ao réu, este poderá participar ativamente da audiência, sendo controversa a possibilidade de arrolar testemunhas.[21] Neste ponto, entendemos que

20. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 804.

21. Defendendo a possibilidade da oitiva de testemunhas trazidas pelo réu em audiência de justificação: STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 804. Em sentido contrário: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**, 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 927; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; Luiz Guilherme, Sérgio Cruz, Daniel. Curso de Processo Civil, Volume 3, Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. Revista Dos Tribunais Ltda: São Paulo/SP, 2015, pág. 169. Gonçalves, Marcus Vinicius R. *Novo curso de*

possibilitar a oitiva de testemunhas trazidas pelo réu na audiência de justificação respeita ao princípio da isonomia.

Designada a audiência de justificação, o prazo de 15 (quinze) dias para que o requerido apresente contestação não se dá a partir da citação para audiência, mas sim da intimação pessoal ou na pessoa do advogado, da decisão que deferir ou indeferir o pedido liminar.

Nos casos em que as ações de reintegração e manutenção de posse são interpostas em período superior a um ano e um dia do esbulho ou turbação, a liminar típica das ações possessórias não é cabível. Todavia, é plenamente possível que se pleiteie a tutela de urgência de natureza antecipada, estando presentes os requisitos da probabilidade do direito e do risco de dano, ou a tutela de evidência no caso de enquadramento nas hipóteses do art. 311, do CPC/2015.

Para a contagem do prazo de um ano e um dia deve se levar em conta que, conforme a norma do art. 1224, do CC/2002, apenas será contado após o conhecimento do autor do ato de agressão, quando a parte se abstém de retomar a coisa ou ao fazê-lo seja violentamente repelido. Os atos preparatórios para a consumação da agressão também não são contabilizados neste prazo[22].

Por sua vez, em relação ao interdito proibitório, o requisito para a sua procedência, conforme art. 567, do CPC/2015 é a demonstração de séria ameaça de violência iminente contra a posse do autor. Aplica-se subsidiariamente aos interditos proibitórios as regras das ações de reintegração e de manutenção de posse de força nova, assim como a essas, aplica-se subsidiariamente o procedimento comum.

Nas ações possessórias aplica-se subsidiariamente o procedimento comum, sendo sempre recomendável a promoção da autocomposição, conforme o art. 139, V, do CPC/2015. Nas hipóteses em que não houve o pedido liminar típico da ação possessória, concordamos com Lênio Streck no sentido de que é devida a citação da parte requerida para o comparecimento na audiência de conciliação ou de mediação, conforme o art. 334, do CPC/2015[23].

direito processual civil: processo de conhecimento e procedimentos. Volume 2, 12ª edição.. Saraiva, 12/2015.

22. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO; Luiz Guilherme, Sérgio Cruz, Daniel. Curso de Processo Civil, Volume 3, Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados. Revista Dos Tribunais Ltda: São Paulo/SP, 2015, pág. 160.

23. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Dierle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 810.

8. DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS MOVIDAS CONTRA UM GRANDE NÚMERO DE PESSOAS

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe alterações no procedimento das ações de reintegrações de posse formadas por um litisconsórcio passivo multitudinário, trazendo importantes inovações. Cabendo destacar a intimação pessoal e atuação da Defensoria Pública sempre que houver hipossuficiente envolvido, a citação por edital e a realização de audiência de mediação com a participação do poder público.

8.1. Da intimação obrigatória e da atuação da Defensoria Pública como guardiã dos interesses dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*):

A Defensoria Pública desde a sua previsão na Constituição Federal conquistou posição de destaque na defesa não apenas dos interesses individuais dos hipossuficientes como também dos coletivos de todos os grupos que sofrem vulnerabilidade social, o que passou a ser reconhecido no Código de Processo Civil de 2015.

A intimação pessoal da Defensoria Pública passa a ser obrigatória sempre que a ação possessória envolver pessoa hipossuficiente, conforme o art. 554, §1°, do CPC/2015. Apesar de o texto prever expressamente a existência de pessoas em situação de hipossuficiência econômica, deve haver uma interpretação mais abrangente do termo, ampliando-se para o aspecto organizacional[24].

Sobre a natureza jurídica desta nova forma de atuação da Defensoria Pública, respeitosamente, discordamos do entendimento de que se trata de hipótese de legitimação extraordinária, em que a Defensoria Pública atuaria como substituto processual dos requeridos.

A legitimação extraordinária da Defensoria Pública na defesa dos interesses dos requeridos nas ações possessórias movidas contra um grande número de pessoas daria origem à ação coletiva passiva, a qual, apesar de receber algum tratamento doutrinário não possui qualquer previsão legal no nosso ordenamento jurídico ou aplicação na prática judicial brasileira. Assim, ao assumir este papel a Defensoria Pública estaria entrando em um campo de completa insegurança jurídica, sem uma delimitação precisa da sua dinâmica e dos efeitos que pode gerar.

Além disso, atuando como legitimada extraordinária da coletividade que compõe o polo passivo das ações possessórias, a Defensoria Pública estaria aceitando o encargo de atuar em nome próprio na defesa do interesse de todos

24. SILVA E ESTEVES, Franklyn Roger Alves e Diogo. *In*: Coleção Repercussões do Novo CPC, Vol.5, Defensoria Pública: A Nova Disciplina da Legitimação Extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil; Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 334.

os requeridos, tanto dos pessoalmente citados, quanto daqueles não encontrados pelo oficial de justiça. Nestes moldes, a manifestação da Defensoria Pública nos autos daria ensejo à preclusão consumativa para a apresentação de defesa por parte de todos os requeridos, impedindo que estes se defendessem de forma individual caso desejassem. Tal situação violaria o direito dos requeridos ao contraditório, à ampla defesa e na escolha da forma de representação processual. Nos dizeres de José Aurélio de Araújo[25], *"a ação coletiva passiva é absolutamente antagônica ao contraditório participativo e à ampla defesa, não sendo admissível em geral e, menos ainda, no litígio coletivo da posse."* Como se não bastasse, a tendência é que um resultado desfavorável aos requeridos na ação coletiva passiva gerasse coisa julgada *erga omnes*, vinculando toda a coletividade[26].

Por outro lado, a posição que nos parece mais adequada é a de que a atuação da Defensoria Pública, inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015, possui natureza jurídica de intervenção de terceiro *sui generis*. Esta nova forma de intervenção nas ações possessórias movidas contra um grande número de pessoas, em que a Defensoria Pública não atua como representante processual dos requeridos, surge de sua missão constitucional de defender os interesses dos vulneráveis de forma coletiva. Neste sentido:

Em outras palavras, defende-se que a intervenção defensoria prevista no §1°, do art. 554, do NCPC é uma modalidade obrigatória de intervenção de terceiro sui generis, com lastro na missão constitucional de Defensoria Pública – em legitimidade coletiva - sendo totalmente independente da presença advocatícia em representação postulatória dos interessados envolvidos[27].

Ao intervir como guardiã dos interesses dos vulneráveis, a Defensoria Pública passa a assumir um novo papel processual. O qual já foi admitido no Judiciário do Paraná, do Amazonas, da Bahia, do Pará, de São Paulo e do Rio Grande do Sul, não apenas em ações possessórias como em ações de consumidores e de improbidade que envolveram os interesses de vulneráveis[28]. Este novo papel da Defensoria Pública vem recebendo várias denominações, dentre elas a de *custos vulnerabilis*, a qual será adotada neste trabalho.

A atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* decorre da sua intimação e independe de que o órgão seja procurado pelas partes envolvidas.

25. ARAÚJO, José Aurélio de. *In*: Coleção Repercussões do Novo CPC, Vol.5, Defensoria Pública: O Litígio Coletivo da posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria; Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 334.

26. O anteprojeto elaborado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj) e Universidade Estácio de Sá (Unesa) traz nos artigos 42 a 44 a previsão da ação coletiva passiva e da sua coisa julgada *erga omnes*.

27. CASAS MAIA, Maurilio*In*: Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada, Vol. 1, A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de Interesses (art. 4º-A, V, LC N. 80/1994) e Posições Processuais Dinâmicas, 2ª Edição, Salvador: JusPodivm, 2016, pág. 1269.

28. CASAS MAIA. Maurílio. "Custos Vulnerabilis" no Judiciário de Curitiba-PR. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/custos-vulnerabilis/, acesso em 09/09/2016.

Ela tem como objetivo a ampliação do contraditório e a qualificação do direito de defesa dos vulneráveis, pelo que a manifestação do *custos vulnerabilis* não gera a presunção de citação de todos os interessados nem a preclusão consumativa à apresentação de defesa.

Independentemente da atuação da Defensoria como *custos vulnerabilis*, os requeridos podem buscar a representação processual por meio do profissional que entendam ser mais adequado. Deste modo, será comum a atuação como *custos vulnerabilis* em ações possessórias em que haja partes representadas por advogado particular ou pela própria Defensoria Pública. Nesta última hipótese não se verifica a princípio um conflito entre as duas formas de atuação, podendo ser realizada pelo mesmo órgão de execução. Contudo, se no caso concreto se visualizar uma incompatibilidade de interesses, cada função será exercida por um órgão de execução diferente.

A atuação da Defensoria Pública como guardiã dos interesses dos vulneráveis (*custos vulnerabilis*) é bem próxima à atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos legis*), devendo ser a esta equiparada. Neste sentido, é devida a aplicação do disposto no art. 179, do CPC/2015, à Defensoria Pública garantindo-lhe a intimação de todos os atos do processo, a produção de provas, o requerimento de medidas processuais pertinentes e principalmente o direito de recorrer.

8.2. Da citação por edital

A norma do art. 554, §2°, do CPC/2015 prevê que nas ações possessórias com litisconsórcio passivo multitudinário, o oficial de justiça realizará diligência para a citação pessoal dos ocupantes do imóvel, sendo realizada a citação por edital daqueles que não forem encontrados.

Na hipótese de o requerido ter sido incluído e qualificado no polo passivo da ação possessória, caso não tenha sido encontrado no local pelo oficial de justiça, para que ocorra a sua citação por edital, o requerido deve ser considerado em local ignorado ou incerto, configurando-se a hipótese do art. 256, II, do CPC/2015. Para isso, deverão ser esgotadas todas as diligências possíveis para a citação, inclusive a requisição pelo juízo de informações nos cadastros de órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos, conforme §3°, do art. 256, do CPC/2015. Havendo a sua citação por edital e quedando-se inerte, a Defensoria Pública representará seus interesses, na função de curador especial, conforme art. 72, II, do CPC/2015.

Nas ações que discutem o direito de posse sobre imóvel ocupado por uma coletividade é comum que o autor indique no polo passivo, de forma genérica, "os demais ocupantes que não tenham sido incluídos como parte na ação". Diante disso, como a ação envolve réus incertos e desconhecidos, preocupou-se com a sua ampla publicidade, indicando-se a realização de anúncios em jornal e rádio e a publicação de cartazes nas vizinhanças. A publicação por edital nessas ações, também é outro meio de dar publicidade aos interessados incertos e desconhecidos.

A citação por edital prevista no art. 554, do CPC/2015 se destina a pessoas incertas e desconhecidas e visa a dar ampla publicidade da existência da ação. Neste caso, a citação por edital não possui o fim de gerar efeitos de revelia, a qual não pode ser aplicada de forma genérica a pessoas incertas e indeterminadas. A este respeito Hugo Nigro Mazzilli afirma que *"a citação editalícia genérica é antes meio legal de publicidade em certas ações, do que forma de obter uma revelia indeterminada"*[29].

Não tendo como consequência a revelia, a citação por edital genérica não se enquadra na hipótese do art. 72, II, do CPC/2015, pelo que não exige a atuação da Defensoria Pública como curador especial.

Desta forma, havendo a citação por edital de forma genérica, caso um interessado que não integre a lide tome conhecimento da ação em momento posterior, poderá apresentar sua defesa já que não sofreu os efeitos da revelia.

Ainda sobre a citação nas ações possessórias com litisconsórcio passivo multitudinário é relevante destacar que a citação pessoal realizada por oficial de justiça não pode ser encarada como mera formalidade, devendo ser feita com todo o zelo possível, devido ao número de pessoas envolvidas e à natureza dos seus interesses. O oficial de justiça ao realizar o cumprimento do mandado de citação pessoal dos ocupantes do imóvel deverá se dirigir a todos que encontrar, lendo o mandado e entregando a contrafé, conforme art. 251, do CPC/2015. Caso seja feito o pedido de citação genérica de todos os ocupantes pela parte autora e o oficial de justiça encontre pessoas que não foram devidamente qualificadas no polo passivo da ação, deverá igualmente citá-las e realizar a sua completa qualificação.

8.3. Da audiência de mediação

A norma do art. 565, *caput*, do CPC/2015, prevê a necessidade de designação de audiência de mediação nas ações possessórias com litisconsórcio multitudinário que discutem posse de força velha, anteriormente ao deferimento de medida liminar. Em relação à redação original do Projeto do Novo Código de Processo Civil, no qual estava previsto a ocorrência de esbulho ou turbação há menos de ano e dia, passou-se a constar o esbulho ou turbação ocorridos há mais de ano e dia. Tal modificação realizada de forma irrefletida trouxe dificuldades interpretativas, esvaziou o conteúdo da norma e restringiu as hipóteses em que se exige a realização de mediação.

No que se refere às ações possessórias multitudinárias de força nova, para vários autores, como Teresa Arruda Alvim Wambier e Lênio Streck, nada impede que as partes e o magistrado entendam devida a realização de mediação,

29. MAZZILLI, Hugo Nigro. Curadoria de ausentes e incapazes, Cadernos Informativos, APMP: São Paulo, p. 58

designando-a com base no art. 334, do CPC/2015[30]. Por sua vez Humberto Theodoro Júnior possui entendimento contrário[31].

Já para José Aurélio Araújo, tendo em vista a complexidade do conflito possessório que envolve um grupo de pessoas vulneráveis, além da dificuldade do cumprimento da medida de reintegração sem a violação do seu direito à moradia e à dignidade, é recomendável a realização de mediação previamente ao cumprimento de liminar também nas ações possessórias coletivas de força nova[32].

Outra hipótese em que é necessária a designação de audiência de mediação é a não execução de medida liminar deferida há mais de um ano.

Para que haja harmonia com as disposições gerias das ações possessórias, em especial com a regra do art. 558, do CPC/2015, a liminar concedida nas ações de força velha, de caráter coletivo ou individual, consiste na tutela provisória de urgência ou evidência, prevista nos arts. 294 e ss., do CPC/2015, não sendo cabível a liminar possessória prevista no art. 562, do CPC/2015[33].

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 565, §2°, em reforço à necessidade de participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nas ações possessórias com litisconsórcio multitudinário, determina a intimação destes órgãos para a participação na audiência de mediação. Em relação à Defensoria Pública, houve uma impropriedade técnica, uma vez que seria mais apropriado vincular a sua intimação à existência de pessoas hipossuficientes e não à parte beneficiária de gratuidade de justiça[34].

A intimação obrigatória da Defensoria Pública nas ações possessórias movidas contra um grande número de pessoas deve ocorrer anteriormente à audiência de mediação, para que seja eficiente e proporcione o amplo direito ao contraditório. Nas hipóteses em que não se entenda devida a designação de audiência prévia de mediação, a intimação da Defensoria deverá ocorrer previamente à apreciação do pedido liminar, sendo este o único meio de se garantir uma participação efetiva da instituição no feito.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 565, §4°, entendeu que os órgãos responsáveis pela política agrária e urbana dos entes federativos, podem

30. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**, 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 931. STRECK, NUNES, CUNHA; Lênio, Direle, Leonardo Carneiro da. Comentários ao Código de Processo Civil, de acordo com a Lei n. 13.256/2016, Saraiva: São Paulo/ES, 2016, pág. 804.

31. Jr., THEODORO, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Vol II, 50ª edição. Forense, 01/2016.

32. ARAÚJO, José Aurélio de. *In*: Coleção Repercussões do Novo CPC, Vol.5, Defensoria Pública: O Litígio Coletivo da posse dos Artigos 554 e 565 do Novo CPC e a Natureza da Atuação da Defensoria; Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 334

33. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**, 1ª ed. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 931.

34. SILVA E ESTEVES, Franklyn Roger Alves e Diogo. *In*: Coleção Repercussões do Novo CPC, Vol.5, Defensoria Pública: A Nova Disciplina da Legitimação Extraordinária da Defensoria Pública no Novo Código de Processo Civil; Salvador: JusPodivm, 2015, pág. 337/338.

ser intimados para a audiência de mediação nas ações possessórias que envolvem um grande número de pessoas, a fim de manifestarem seu interesse na ação e para dizer sobre a possibilidade de solução para o conflito.

A intimação destes órgãos para a participação nas ações possessórias que envolvem um grande número de pessoas não deveria ser tratada como mera faculdade, mas como obrigação. Também não há que se consultar os órgãos responsáveis pelas políticas urbanas e agrárias sobre o seu interesse em participar das ações de reintegração de posse coletivas, uma vez que o objeto da lide tem total pertinência com a atividade e a finalidade destes órgãos, de promoção do acesso à terra e do direito à moradia, de controle do uso e ocupação do espaço rural e urbano e fiscalização da destinação social do solo.

No intuito de se buscar uma melhor compreensão do litígio possessório, recomenda-se que o magistrado realize inspeção judicial na área objeto do conflito.

A designação de audiência de mediação antes do deferimento de medida liminar também deverá ocorrer nos litígios que versem sobre propriedade de imóvel.

AS AÇÕES DE FAMÍLIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Helio Antunes Carlos

Sumário: 1. Introdução; 2. A mudança de paradigma; 3. Da jurisdição voluntária; 4. Do procedimento especial contencioso das ações de família no CPC/2015; 5. Da competência das ações de família; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família é a base da sociedade e que, por essa razão, tem especial proteção do Estado. A Constituição não define o que é família, nem estabelece a sua conformação mínima. Tal opção do constituinte originário atende à realidade social, haja vista que impõe uma proteção à família independentemente da sua composição.

Em consonância com a norma constitucional, o art. 1.593 do Código Civil estabelece que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *"outra origem"*, em dispositivo que se encontra situado fora do subtítulo referente ao casamento.

Na verdade, uma adequada interpretação constitucional impõe o reconhecimento da família como um instrumento de desenvolvimento da pessoa humana. Acerca do papel funcionalizado da família, FARIAS e ROSENVALD lecionam o seguinte:

> Ou seja, a família existe em razão de seus componentes, e estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescondível a pessoa humana. *É o que se convencionou chamar de família eudemonista*, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros. Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da *instituição* para a *proteção especial da pessoa humana* e de sua realização existencial dentro da sociedade.[1]

1. FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3ª ed. Editora LumenJuris: Rio de Janeiro, 2011. p.11

A partir de tal concepção, não surpreende o novo CPC apresentar uma preocupação em regular especificamente as ações que versam sobre a mais basilar estrutura social.

Portanto, objetiva-se, no presente estudo, analisar os procedimentos especiais de jurisdição voluntária e contenciosas de família e suas relações com o procedimento comum, sem adentrar nos procedimentos executivos e de cumprimento de sentença.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA

Antes de adentrarmos na análise dos procedimentos de jurisdição voluntária e contenciosa propriamente ditos, mostra-se imprescindível nos atentarmos para a mudança de paradigma que o CPC/2015 representou para o ordenamento jurídico.

Sob a égide do CPC/1973, prevalecia uma ótica instrumentalista, segundo a qual a Jurisdição era concebida como o elemento central da teoria, como forma de relativização do binômio "direito-processo". Nessa fase, o processo e o direito material continuavam sendo estudados como ramos autônomos; contudo, partia-se, aqui, da premissa de que a "autonomia" não significa isolamento. Tal teoria foi criticada por transmudar o poder dos magistrados em arbítrio, uma vez que, para flexibilizar o procedimento, conferia poderes excessivos aos magistrados, o que se dava em detrimento da segurança jurídica das partes.

Por outro lado, o CPC/2015, logo em seu art. 1°, já mostra sua intenção de consolidar a passagem do direito processual civil para a fase do formalismo-valorativo. Esta fase é calcada em dois pilares, os quais a nomeiam: "formalismo", porquanto a forma serve à proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores – tem-se, aqui, o processo no vértice da teoria; "valorativo", porque o processo visa à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, alcançando o *status* de direito fundamental, como elemento garantidor da liberdade dos indivíduos e ambiente de criação do direito.

Segundo ZANETI JÚNIOR, o formalismo-valorativo se vale da Teoria Circular dos Planos, segundo a qual: *"[...] o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele [...]"*[2]. Daí o nascimento de um novo direito, razão pela qual os precedentes se constituem como genuína fonte primária do direito.

O formalismo-valorativo pretende um método paritário no diálogo e assimétrico apenas na decisão, conferindo ao processo (elemento central da teoria) verdadeiro papel de direito fundamental. O novo CPC se alinha com o formalismo-valorativo, uma vez que o juiz pode flexibilizar o procedimento; todavia, não pode fazê-lo sem oportunizar a manifestação das partes, que, por sua vez, também podem flexibilizar o procedimento através das convenções processuais

2. ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Constitucionalização do Processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

e da cumulação de pedidos de procedimentos distintos. Nesse sentido, o processo – e não a jurisdição – assume o protagonismo da teoria. Os precedentes se apresentam como verdadeira fonte primária do direito, revestindo-se de caráter normativo.

Ademais, o CPC/2015 busca priorizar o tratamento dos conflitos através de soluções consensuais, o que impõe uma mudança de postura dos atores processuais.

3. DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

O Código de Processo Civil de 2015 previu um procedimento especial para as ações de família de natureza contenciosa, no Capítulo X do Título III do Livro I da Parte Especial, e outro procedimento especial para as ações de jurisdição voluntária, na Seção IV do Capítulo XV do Título III do Livro I.

Note-se que o procedimento contencioso abrange um maior número de ações do que o procedimento de jurisdição voluntária. Enquanto o procedimento contencioso – previsto nos arts. 693 a 699 do CPC/2015 – visa a regulamentar as ações de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação e, subsidiariamente, as ações de alimentos e as ações regidas pelo ECRIAD, o procedimento de jurisdição voluntária – previsto nos arts. 731 a 734 do CPC/2015 – se destina a regulamentar o divórcio e a separação consensuais, a extinção consensual de união estável e a alteração do regime de bens do matrimônio.

Desse modo, o CPC/2015 não previu um procedimento específico de jurisdição voluntária para as questões desprovidas de conflito entre as partes, afetas à guarda, à visitação, aos alimentos, à filiação e às regidas pelo ECRIAD. Todavia, tal omissão não impõe a adoção da via contenciosa, uma vez que se mostra possível a adoção do procedimento de jurisdição voluntária de homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, consagrado no inciso VIII do art. 725 do CPC/2015.

Nessa última hipótese, não há de se cogitar da falta de interesse de agir em razão de as partes terem chegado a um acordo antes do ajuizamento da respectiva ação, visto que tal procedimento se apresenta como eficiente instrumento de fiscalização judicial sobre questões que – apesar de não serem litigiosas – encontram óbices ao livre exercício da autonomia da vontade das partes.

Assim, por exemplo, os alimentos de uma criança possuem natureza de direito indisponível, o que, todavia, não afasta a possibilidade de obtenção de um acordo acerca do *quantum* e da periodicidade dos alimentos.

Nesse sentido, corroborando o que está sendo dito, a Lei n.° 13.140/2015 estabelece, no §2° do seu artigo 3°, que: *"O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público".*

Portanto, o procedimento de jurisdição voluntária de homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, vem suprir a lacuna

deixada pelo CPC/2015 em relação às questões desprovidas de conflito afetas à guarda, à visitação, aos alimentos, à filiação e às regidas pelo ECRIAD.

Por outro lado, há previsão de um procedimento específico de jurisdição voluntária para o divórcio consensual, a separação consensual, a extinção de união estável consensual, bem como para a alteração do regime de bens.

Segundo o art. 731 do CPC/2015, a homologação do divórcio consensual, da separação consensual e da extinção da união estável consensual poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I. as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns, salvo se não houver acordo acerca da partilha. A ausência de acordo acerca da partilha não impede a homologação do divórcio ou separação; todavia, impede a escolha do regime de bens, que será, obrigatoriamente, o da separação legal de bens (CC, arts. 1.581 e 1.523 c/c 1.641)[3], no caso de um dos cônjuges vir a contrair novo matrimônio, enquanto não ultimada a partilha, na forma dos arts. 647 a 658 do CPC/2015.

II. as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges ou companheiros;

III. o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV. o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

O art. 733 do CPC/2015 ainda possibilita a realização do divórcio consensual, da separação consensual e da extinção consensual da união estável de forma extrajudicial, por meio de escritura pública.

Para a admissão do procedimento extrajudicial, devem estar presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: **(1)** inexistência de nascituro ou filhos incapazes das partes (art. 733, *caput*, do CPC/2015); **(2)** previsão, na escritura, das disposições dos incisos I e II do art. 731 do CPC/2015, visto que o disposto nos incisos III e IV é incompatível com tal procedimento; **(3)** representação das partes por advogado ou defensor público (art. 733, §2°, do CPC/2015).

A escritura pública independe de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para o levantamento de importâncias depositadas em instituições financeiras.

Saliente-se que a adoção da via extrajudicial é facultativa, conforme entendimento do próprio Conselho Nacional de Justiça – manifestado ainda sob a égide do CPC/1973, com a redação dada pela Lei n.° 11.441/2007 – firmado na Resolução n.° 35, de 24 de abril de 2007, cujo art. 2° prevê: *"É facultada aos*

3. Art. 1.581. O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Art. 1.523. Não devem casar: III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial".

Por fim, o CPC/2015 consagrou, em seu art. 734, o procedimento de alteração do regime de bens, que não encontra correspondente no CPC/1973. Segundo tal procedimento, a alteração deve ser requerida, de forma motivada, em petição assinada por ambos os cônjuges, com exposição das razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros, na forma do §2° do art. 1.639 do Código Civil.

Segundo o §1° do art. 734 do CPC/2015, ao receber a petição inicial, o juiz deverá adotar duas providências: (1) determinar a intimação do Ministério Público; (2) determinar a publicação de editais que divulguem a pretendida alteração de bens.

A previsão de intimação do Ministério Público causa estranheza, pois a questão da alteração do regime de bens diz respeito a direitos patrimoniais disponíveis, o que contrariaria o disposto no *caput* do art. 127 do Constituição Federal, que restringe a atuação do *Parquet* à proteção dos direitos patrimoniais indisponíveis. Nesse sentido, cumpre se observar que o Conselho Nacional do Ministério Público, desde 2010, através da Recomendação n.° 16/2010, já vem sinalizando pela não intervenção do ministerial em hipóteses similares:

> Art. 5°. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:
>
> I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária;
>
> II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil;
>
> III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz;
>
> IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz;
>
> V - Ação ordinária de partilha de bens;
>
> VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes;
>
> VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos;
>
> VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

No tocante à segunda providência, impende se salientar que o §2° do art. 734 viabiliza que os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, proponham ao juiz formas alternativas à publicação do edital para se dar publicidade ao pedido de alteração do regime de bens.

O juiz somente poderá julgar o pedido após decorrido o prazo de 30 dias, contados da publicação do edital, e, uma vez transitada em julgado a sentença, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis, bem como aos cartórios de registros de empresas mercantis, caso qualquer dos cônjuges seja empresário.

4. DO PROCEDIMENTO ESPECIAL CONTENCIOSO DAS AÇÕES DE FAMÍLIA NO CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 previu um procedimento especial para as ações de família de natureza contenciosa nos artigos 693 a 699 – no Capítulo X do Título III do Livro I da Parte Especial –, com o escopo de regulamentar as ações de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação e, subsidiariamente, as ações de alimentos – regidas pelas leis n.° 5.478/1968 (que dispõe sobre a ação de alimentos) e n.° 11.804/2008 (que dispõe sobre os alimentos gravídicos) – e as ações regidas pela Lei n.° 8.069/90 (ECRIAD).

O parágrafo único do art. 693 do CPC/2015 determina a observância dos procedimentos previstos, em legislação específica, para as ações de alimentos e para as ações que versarem sobre interesses de criança e de adolescente, previstas no ECRIAD, sendo que, nessas hipóteses, o procedimento especial do CPC/2015 deve ser aplicado apenas no que couber.

Em que pese o art. 693 do CPC/2015 não se refira, de forma expressa, à ação de partilha posterior ao divórcio, essa também deve tramitar pelo procedimento das ações de família, visto que o rol de ações constante do dispositivo é exemplificativo. Nesse sentido, o Enunciado n.° 72 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *"O rol do art. 693 não é exaustivo, sendo aplicáveis os dispositivos previstos no Capítulo X a outras ações de caráter contencioso envolvendo o Direito de Família"*.

Situação extremamente comum na prática forense é a cumulação de várias dessas ações em único processo, o que poderia gerar dúvida acerca de qual seria ao procedimento aplicável. Para afastar qualquer dúvida, o *caput* e o §2° do art. 327 do CPC/2015 estabelecem que é lícita a cumulação de pedidos de procedimentos diversos, desde que se adote o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais[4].

4. Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.[...] § 2o Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Na sistemática do CPC/1973, o §2° do art. 292[5] autorizava a cumulação de pedidos de procedimentos diversos, desde que esses se submetessem ao rito ordinário. Entretanto, não havia a ressalva do §2° do art. 327 do CPC/2015 – *"sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum"* –, o que, por óbvio, gerava inconvenientes, visto que o CPC/1973 partia de algumas premissas equivocadas: (1) a de que todos os procedimentos especiais seriam caracterizados pela sumariedade[6]; (2) a de que os procedimentos são instituídos em favor do autor[7]; (3) a de que todos os procedimentos eram redutíveis ao procedimento ordinário[8].

O CPC/2015 não incorre no mesmo equívoco, deixando claro que a adoção do procedimento comum não implica o abandono da técnica diferenciada do procedimento especial. Ademais, o CPC/2015 também não repetiu a possibilidade de o juiz indeferir a petição inicial, na forma preconizada no art. 295, V, do CPC/1973.

> O NCPC aboliu o regramento anterior previsto no art. 295, V, do CPC de 1973, o qual previa o indeferimento da petição inicial, quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou valor da ação, caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal.
>
> Por sua vez e conforme já comentado no item 3.3. supra, o novel código, ao tratar dos poderes de direção do processo conferido ao juiz, introduziu em seu inciso VI, o poder de "(...) dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.", providência que, em certa medida, autoriza a quebra de uma observância rígida ante prevista em determinado procedimento específico. Ainda, o art. 190 expressamente

5. Art. 292. [...] §2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário.
6. Segundo HEITOR SICA, há vários procedimentos especiais revestidos de maior complexidade do que o procedimento comum, tais como a ação divisória, a ação demarcatória e a ação de prestação de contas movida por quem tem o direito de exigi-las. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. vol. 208. Jun. 2012. p. 61-89)
7. Segundo ADROALDO FURTADO, nos ritos dos embargos de terceiro e da ação de substituição de título ao portador, havia a exigência de prévia justificação de determinados requisitos, sem o que o réu sequer seria citado. (FABRICIO, Adroaldo Furtado. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf> Acesso em 22/10/2016).
8. ADROALDO FURTADO sustenta que as providências elencadas no art. 942 do CPC/73 não eram instituídas em favor de quaisquer das partes, e, sim, no interesse de terceiros, razão pela qual as partes não poderiam dispor do procedimento. (FABRICIO, Adroaldo Furtado. A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf> Acesso em 22/10/2016)

> assegura às partes a prerrogativa de estipular mudanças no procedimento, "(...) para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo", desde que a causa verse sobre direitos que admitam autocomposição.
>
> Tais inovações revelam novos traços de que o procedimento especial pode relativizar-se em dadas circunstâncias, a corroborar, que o procedimento comum pode, por vezes, autorizar semelhante tutela jurisdicional antes discriminada em determinado procedimento especial regulado por atos específicos voltados a atender dado direito material.[9]

Portanto, em princípio, no novo CPC, o magistrado não realizará o controle acerca do procedimento adotado pela parte, haja vista que a cumulação de pedidos correspondentes a procedimentos diversos não importa necessariamente na abdicação da técnica processual diferenciada. O controle apenas ocorrerá quando verificada a incompatibilidade de um ou mais pedidos com o procedimento comum, ou quando houver uma injustificada tentativa de abandono da técnica diferenciada em detrimento de terceiros.

Ultrapassada a questão acerca de qual procedimento deve ser adotado, o art. 694 do CPC/2015 estabelece que: *"Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação".* Tal dispositivo vem se harmonizar com a norma fundamental consagrada no art. 3°, §§2° e 3°, do CPC/2015[10], a qual eleva a autocomposição ao patamar de solução preferencial do conflito.

Na verdade, o CPC/2015 busca consolidar um "Sistema de Múltiplas Portas de Acesso à Justiça", com o objetivo de conferir às partes opções de métodos mais adequados às características do próprio conflito.

> O modelo idealizado por Frank Sander, denominado de *Multidoor Courthouse System* – Sistema das Múltiplas Portas, tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, de forma mais efetiva, célere e de custeio razoável. Esse sistema consiste em disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário. O conceito tem a premissa da noção de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal.[11]

9. CASTRO, Daniel Penteado de. Considerações sobre a Sobrevivência dos Procedimentos Especiais no NCPC. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Doutrina selecionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 4, p. 326
10. Art. 3º [...]§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
11. SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro. Revista Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 5, nº 16, Jul./Set. 2011. p. 208

Todavia, cumpre se ressaltar que essas múltiplas formas de solução de litígios não devem mais ser encaradas como formas *alternativas* de solução de conflitos (*ADR – Alternative Dispute Resolution*), dado que a doutrina vem defendendo que cada espécie de conflito exigiria um *adequado* método, razão pela qual seria mais apropriada a utilização da expressão "*métodos adequados de solução de conflitos*[12].

Atualmente, MAZZEI e CHAGAS sustentam que sequer devemos nos referir a *"métodos adequados de resolução de conflitos"*, e, sim, a *"tratamento adequado de conflitos"*. Tal posicionamento parte de duas premissas: (1) a de que o conflito se apresenta como elemento estrutural da sociedade, não sendo possível eliminá-lo (o que justifica a supressão da expressão "resolução"), mas apenas *tratá-lo*, para extrair o que há de positivo nele; (2) a de que, em que pese seja relevante distinguir, didaticamente, os diversos mecanismos existentes – negociação, mediação, conciliação e arbitragem –, as peculiaridades do caso concreto podem exigir a combinação de vários ou alguns deles, o que afastaria a aplicação de um único método[13]; portanto, o mais importante não seria o método propriamente dito, e, sim, o tratamento dispensado ao conflito.

No tocante às ações de família, o próprio *caput* do art. 694 do CPC/2015 afirma que o tratamento mais adequado do conflito se dará através da utilização dos mecanismos consensuais. O parágrafo único de dito dispositivo, por sua vez, estabelece que: *"A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar".*

Trata-se de hipótese de suspensão que não se amolda perfeitamente à hipótese de suspensão do processo prevista no inciso II do art. 313 do CPC/2015, visto que o parágrafo único do seu art. 694 possui uma hipótese de suspensão do processo com finalidade própria. Tal ausência de correspondência gerou certa divergência na doutrina acerca do prazo máximo de suspensão do processo admitido para a realização da mediação extrajudicial ou do atendimento multidisciplinar nas ações de família. Para ZULMAR DUARTE DE OLIVEI-

12. "O principal mecanismo estabelecido pelo direito processual para a resolução de conflitos é a jurisdição. Não se trata, todavia, do único mecanismo de pacificação social, podendo ser apontados também os comumente denominados "meios alternativos de solução de conflitos". Dentre eles estão a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, objeto do presente artigo. É bem verdade que hoje em dia o termo "alternativos" vem sendo substituído por "apropriados, adequados, ou mesmo amigáveis", na medida em que, numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso dessas." (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Revista de Informação Legislativa. Ano 52. Número 205 jan./mar. 2015. p. 56)
13. MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou Tratamentos Adequados de Conflitos?. In: Jayme, Fernando Gonzaga, MAIA, Renata Chistiana Vieira, REZENDE, Estes Camila Gomes Norato, FIGUEIREDO, Helena Lanna. (Org.). Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, v. 1, p. 113-128.

RA JUNIOR, o prazo máximo de suspensão deve ser o de 1 (um) ano, nos termos do §§4° e 5° do art. 313, prazo esse estipulado para a suspensão do processo requerida pelas partes sem causa específica[14]. Por outro lado, RODRIGO MAZZEI e TIAGO GONÇALVES sustentam que a suspensão deverá permanecer pelo tempo necessário à conclusão da mediação extrajudicial ou ao atendimento multidisciplinar, não se submetendo a prazo específico[15].

Parece mais correta essa última posição, porquanto soa contraditório sustentar que a suspensão do processo prevista no parágrafo único do art. 694 do CPC/2015 não se enquadra em nenhuma hipótese do art. 313 do CPC/2015 e, simultaneamente, sustentar a observância da limitação de prazo de suspensão imposta pelo próprio dispositivo.

Outra técnica especial constante do procedimento das ações de família diz respeito à obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, sem que haja a possibilidade de sua dispensa por vontade das partes, conforme redação do *caput* do art. 695 do CPC/2015, *in verbis*: *"Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694"*. Nesse sentido, CRAMER e MATHIAS lecionam que: *"Importante reparar que, nas ações de família, conforme o procedimento previsto no art. 695, não há*

14. "O Código permitiu a suspensão do processo, mediante requerimento das partes, para participação da audiência de conciliação ou mediação. Essa é uma hipótese de suspensão heterotópica, não constante do art. 313 do Código. Não pensamos que a hipótese seja reconduzível ao inciso II do art. 313 do CPC, na exata medida em que a suspensão em tela tem finalidade própria, estando ligada propriamente à atividade de mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar. Assim, encerrada a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, o processo volta a ter curso, pois a causa eficiente da letargia processual não subsiste. Por conta disso, o prazo máximo de suspensão do processo é de 1 (um) ano e não de 6 (Seis) meses, como estipulado para o pedido de suspensão processual formulado pelas partes sem causa específica (art. 313, §§4º e 5º). Ainda, a situação não pode ser baralhada com o previsto no §2º do art. 334, que estabelece prazo máximo para as sessões de mediação e conciliação realizadas em juízo, mas não para as extrajudiciais ou atendimento multidisciplinar. Necessário um olhar diferenciado para as demandas que envolvem temas de família, cujos matizes são por vezes traçados em linhas esfumaçadas pelo drama familiar." (OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Art. 694 do CPC/2015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.) Comentário ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 925)

15. "Diante da conjuntura legislativa de busca da solução consensual da controvérsia em matéria de família, o art. 694 prescreve causa específica de suspensão do processo, que é convencionada pelas partes com o propósito de se submeterem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. É hipótese de suspensão do processo que não difere daquela prevista no inciso II do art. 313, com a peculiaridade, contudo, de ter propósito específico (submeterem-se as partes a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar). De outro turno, a suspensão do processo prevista no parágrafo único do art. 694 não fica adstrita ao prazo de 6 (seis) meses a que alude o §4º do art. 313 (registre-se que esse prazo de seis meses pode ser renovado, em vista da negociação processual entre as partes), podendo a suspensão, então, ser determinada não por prazo determinado, mas, sim, enquanto durar a mediação extrajudicial ou o atendimento multidisciplinar." (MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Art. 694. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Almedina. 2016. p. 851-852).

a possibilidade de o autor ou o réu indicarem o desinteresse na composição consensual, como ocorre no procedimento comum (§5.º do art. 334)"[16]

Considerando a obrigatoriedade da audiência nos procedimentos de família, a ausência injustificada de qualquer das partes será considerada como ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionada com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, na forma do §8° do art. 334 do CPC/2015, sem prejuízo da redesignação da audiência para nova data.

Saliente-se que o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar (ADI 2160), para afastar a obrigatoriedade da exigência de submissão prévia dos dissídios à Comissão de Conciliação Prévia – conforme disposto no art. 625-D da CLT –, por considerar a regra ofensiva ao art. 5°, inciso XXXV, da Constituição Federal. Todavia, tal hipótese não se confunde com o disposto no art. 695 do CPC/2015, pois, enquanto a norma da CLT condicionava o ajuizamento da ação trabalhista à submissão ao procedimento autocompositivo, o CPC/2015 submete as partes ao procedimento autocompositivo apenas de forma incidental. Portanto, na segunda hipótese, não há qualquer condicionante ao direito de ação.

Ademais, não se pode confundir a obrigação de participação da sessão de mediação (*front-end*) com a exigência de celebração de acordo (*back-end*)[17], visto que apenas o último se mostra atentatório à autonomia da vontade, conforme Enunciado n.° 187 do FPPC: *"No emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa"*.

O procedimento das ações de família trouxe, ainda, técnicas especiais concernentes à citação: (1) o mandado de citação deverá estar desacompanhado da cópia da petição inicial; (2) a citação deverá ocorrer com antecedência mínima de 15 dias da audiência; (3) a citação deverá ser pessoal.

Nesse sentido, o §1° do art. 695 do CPC/2015 estabelece que o mandado de citação será cumprido desacompanhado da cópia da petição inicial, nos seguintes termos: *"O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à au-*

16. CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1005

17. A ideologia central da mediação norte-americana é a sua voluntariedade, fundamentada na autodeterminação. Mas os programas de mediação obrigatória difundiram-se sob diversos modelos, desde a coerção sob vestes de sugestão judicial para a submissão à sessões de medição, à obrigatoriedade institucionalizada como uma condição precedente ao julgamento da demanda. A explicação norte-americana é que existe uma diferença entre *coercion into* e *coercion within mediation*: os Tribunais podem exigir a participação a sessões de mediação (*front-end*), mas não poderiam exigir a celebração do acordo ou o aceite de uma proposta em particular (*back-end*). Por isso a mediação obrigatória passa a ser uma figura aceitável na cena jurídica norte-americana. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à Mediação. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 11. 2013. p. 212)

diência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo".

Tal regra tem sido objeto de crítica por segmento da doutrina, que defende, inclusive, a sua inconstitucionalidade, por ofensa ao Princípio do Contraditório. Nesse sentido, SOARES sustenta o seguinte:

> Tal dispositivo, sobre o enforque da garantia do contraditório, é manifestamente inconstitucional, pois inviabiliza que o réu saiba imediatamente, no momento da citação, os fatos e fundamentos jurídicos que a pretensão familiar contém. Mesmo que o artigo estabeleça a possibilidade de consulta dos autos a qualquer tempo pelo réu, isso não garante o contraditório, que deve ser observado no exato momento da citação e nunca em momento posterior, desnaturando o direito indisponível de publicidade que o instituto da citação reserva.[18]

Com a devida vênia, tal posição não parece correta, pelos seguintes motivos:

(1) a norma não impõe nenhuma restrição de acesso ao conteúdo da petição inicial ao réu ou ao seu patrono (advogado ou defensor público), que, caso desejem, podem consultar a exordial antes da realização da audiência;

(2) o prazo de defesa somente se inicia após a frustração das tentativas de autocomposição, de modo que não há prejuízo ao exercício da defesa – e sem prejuízo, não há nulidade;

(3) o §4° do art. 565 do CPC/2015 estabelece que: "Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos". Tal regra assegura o exercício da autonomia da vontade em sua plenitude, pois viabiliza a tomada de uma decisão informada. Isto, porque o acordo somente pode ser fruto de decisão da parte que se encontre ciente de seus direitos e deveres, devidamente orientados por um patrono – advogado ou defensor público –, o qual tem amplo acesso aos autos previamente. Inclusive, a regra de dispensa de mandado em nada interfere na atividade do advogado ou defensor público.

(4) o §2° do art. 515 estabelece que *"A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo"*, ou seja, os limites da *res in iudicium deducta* na petição inicial não coincidem com os limites das relações e objetos que podem ser considerados na autocomposição, razão pela qual a análise da petição inicial não se mostra imprescindível para a celebração de eventual acordo;

(5) sob a ótica da Teoria dos Conflitos, não se pode desconsiderar a carga emotiva que incide nas relações de direito de família, o que impõe o reconhecimento de mecanismos processuais que não agravem o conflito pré-existente, pois seria contraditório instituir um instrumento com o objetivo de facilitar a autocomposição que, por si só, tivesse aptidão de agravar o conflito.

18. SOARES, Carlos Henrique. Ações de Direito de Família no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe Camargo; REDONDO, Bruno Garcia (Coord.). Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 189/190.

MAZZEI e GONÇALVES analisam a questão não apenas no campo teórico, mas também no campo pragmático, extraindo conclusão que corrobora o que ora se sustenta:

> Peculiaridade que também merece destaque no procedimento, diz respeito ao fato do mandado de citação não se fazer acompanhar de cópia da inicial, nem conter quaisquer referências aos seus termos. A regra, prevista no art. 695 do CPC/2015, tem por finalidade impedir que o contato do réu com o conteúdo da inicial possa acirrar os ânimos entre as partes, tornando-os exaltados a ponto de inviabilizar a solução consensual cuja tentativa deve ocorrer na audiência preliminar para tanto designada. Numa análise inicial, a regra não resulta em violação (ao menos frontal) do contraditório. Explica-se.
>
> Com efeito, o prazo para o réu apresentar defesa somente se inicia depois de esgotadas as tentativas legítimas de conciliação realizadas na audiência designada para este fim, a partir de quando passa a ter acesso irrestrito aos termos da inicial e da documentação que a instrui. De outra quadra, ao réu é – de todo modo – assegurado o direito de examinar o conteúdo da inicial a qualquer tempo, mesmo antes da audiência, se este for o seu interesse. Veja-se, que neste caso, normalmente quem tem acesso direto ao conteúdo da inicial é o próprio advogado, que pode se valer dessa faculdade sem precisar dar conhecimento ao réu sobre o teor da peça, de maneira a não prejudicar a atividade de conciliação, ao mesmo tempo que lhe permite antecipar o trabalho de defesa técnica, para a eventual necessidade de apresentação de contestação.[19]

Desse modo, a determinação de que o mandado de citação deve estar desacompanhado da cópia da petição inicial deve ser considerada, em princípio, válida. Todavia, excepcionalmente, deve ser remetida a cópia da petição inicial junto com o mandado de citação, quando o mandado se destinar também à intimação do deferimento de tutela provisória, com fundamento no art. 250, V, do CPC/2015[20].

19. MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio inicial sobre as ações de família. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC: Famílias e Sucessões. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 33/34

20. "Essa citação sem a cópia da petição inicial, evidentemente, não pode prevalecer se tiver sido deferida tutela provisória liminarmente. Nessa hipótese, deve ser observado o art. 250, V, que exige, na citação e na intimação da decisão liminar, a cópia da petição inicial e da decisão que deferiu a medida." (CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. Art. 695 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo;

> Art. 250. O mandado que o oficial de justiça tiver de cumprir conterá: [...]
> V - a cópia da petição inicial, do despacho ou da decisão que deferir tutela provisória;

O dispositivo acima deve ser observado de forma cogente, pois se trata de enunciado da parte geral do CPC/2015 – aplicável tanto ao procedimento comum como aos procedimentos especiais – que regulamenta a prática da intimação da tutela provisória, ou seja, de questão externa ao âmbito de incidência do §1° do art. 695 do CPC/2015.

Outra questão que não pode passar despercebida diz respeito ao disposto no §2° do art. 695 do CPC/2015, que estabelece que: *"A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência"*. Trata-se de regra especial, já que no procedimento comum a antecedência mínima é de 20 dias, na forma do *caput* do art. 334 do CPC/2015.

Da mesma forma, o §3° do art. 695 estatui que, nos procedimentos das ações de família: *"A citação será feita na pessoa do réu"*. Cuida-se de regra que excepciona o disposto no art. 242 do CPC/2015[21], que autoriza a citação na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.

O art. 696 do CPC/2015 estabelece que: *"A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito"*. Tal dispositivo traz, expressamente, a possibilidade de fragmentação da audiência em quantas sessões se mostrarem necessárias para a obtenção do acordo; contudo, o prosseguimento do procedimento autocompositivo, após a primeira sessão, deve contar com a concordância de todas as partes, na forma do Enunciado n.° 577 do FPPC, com o seguinte teor: *"A realização de sessões adicionais de conciliação ou mediação depende da concordância de ambas as partes"*.

Saliente-se que, no procedimento comum, o art. 334, §2°, do CPC/2015 estabelece que: *"Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes"*. Entretanto, o art. 28 da Lei de Mediação – Lei n.° 13.140/2015 – prevê que: *"O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação"*. TARTUCE sustenta a plena aplicabilidade do disposto na Lei de Medição, por essa ser lei especial e posterior ao CPC/2015, bem como por se mostrar mais condizente com o princípio da autonomia da vontade[22]

CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1006).

21. Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado.
22. A Lei de Mediação traz previsão mais adequada, segundo a qual o prazo pode ser prorrogado, mas apenas mediante concordância de ambas as partes. Em nosso entendimento, tal previsão é a mais

Não obtido o consenso na solução do processo, passam a incidir as normas do procedimento comum, de acordo com o art. 697 do CPC/2015[23]. Tal dispositivo se harmoniza com o art. 318 do CPC/2015, o qual eleva o procedimento comum como *standard* e como regra subsidiária, somente devendo ser afastado quando a lei dispuser em sentido contrário.

> Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.
>
> Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

O procedimento das ações de família também se ocupou de deixar claro qual o papel a ser desempenhado pelo Ministério Público quando atuar como *custos iuris*, no art. 698: *"Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo"*.

Cumpre se salientar que o art. 698 do CPC/2015 não restringe, nem amplia as atribuições do Ministério Público, mas apenas torna mais clara qual a atribuição que lhe foi conferida pelo art. 127 da Constituição Federal[24] nas ações de famílias. Nesse sentido, a adoção da expressão *custos iuris* – em substituição à expressão *custos legis* – teve por escopo adequar a norma processual à conformação constitucional que o *Parquet* ostenta desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não representando qualquer ampliação ou restrição de suas missões constitucionais.

> "Como se vê, a expressão fiscal da ordem jurídica (custos iuris) apresenta-se mais ampla do que fiscal da lei (custos legis), como vinha no art. 83 do CPC/1973 (LGL\1973\5). E não foi desavisada ou impensada a atualização no corpo do novo estatuto processual, uma vez que o Código de 2015 'abandona' em definitivo a visão do Código Buzaid, o qual tinha por base situações substanciais do à época vigente Código de 1916 e que não demonstrava preocupação com os direitos da dignidade da pessoa humana e/ou com os direitos da personalidade, como bem refere Daniel Mitidiero.[25]

correta e deve ser aplicada também nas audiências de conciliação regidas pelos pelo CPC/2015. Não apenas pelo critério da especialidade (a Lei se dedica exclusivamente à mediação) e pelo critério da lei mais recente (foi aprovada posteriormente), mas também por ser a solução mais consentânea com um dos principais princípios regentes da autocomposição: a autonomia das partes. (TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015. p. 302)

23. Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.
24. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
25. FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O Ministério Público nas ações de família. Revista de Processo. vol. 260. Out/2016. p. 259/274.

Inclusive, impende se observar que o art. 698 do CPC/2015 está em perfeita harmonia com o art. 178, II, do CPC/2015[26] e com o art. 5° da Recomendação CNMP n.° 16/2010[27], uma vez que essa já manifestava um entendimento dominante no *Parquet* de que atuação do órgão estaria dispensada nas ações de família, caso não houvesse interesses de incapaz.

Por fim, o art. 699 do CPC/2015 determina que: *"Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista"*. Essa norma vem complementar as técnicas especiais instituídas pela Lei n.° 12.318/2010 – notadamente a utilização da perícia psicológica ou biopsicossocial[28] – em razão da abordagem multidisciplinar que deve ser conferida aos casos que envolvam discussão acerca de alienação parental.

5. DA COMPETÊNCIA DAS AÇÕES DE FAMÍLIA

Para a definição da competência para determinada ação de família, devem ser percorridas 4 etapas: 1ª) determinação da jurisdição internacional ou nacional; 2ª) determinação da competência da justiça comum ou da especial; 3ª) determinação do foro competente; 4ª) determinação do juízo competente.

1ª ETAPA:

A primeira etapa consiste em saber se o conflito deve ser julgado pela jurisdição nacional ou não. Nesse sentido, cumpre se observar que o CPC/2015 firmou a competência da jurisdição brasileira para processar e julgar as ações de alimentos, quando o alimentando tiver domicílio ou residência no Brasil, bem como quando o réu possuir, no Brasil, vínculos economicamente valoráveis, com aptidão de assegurar o adimplemento dos alimentos (art. 22, inciso I, alíneas *a* e *b*)[29].

26. Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] II - interesse de incapaz;

27. Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento in articulo mortis – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V - Ação ordinária de partilha de bens; VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolver reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes;

28. Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

O art. 23, III, do CPC/2015, por sua vez, estabelece a competência da jurisdição brasileira, com exclusão de qualquer outra, para processar e julgar os divórcios, as separações judiciais e as dissoluções de união estável, nos quais as partilhas de bens digam respeito a bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional[30].

2ª ETAPA:

Esta etapa diz respeito à determinação da competência relativamente à justiça comum ou à especial. A primeira se divide nas justiças estadual e federal, enquanto a segunda se divide em justiças eleitoral, trabalhista e militar.

As ações de família serão processadas pelo juízo comum e, em regra, pela justiça estadual. Todavia, poderão tramitar perante a Justiça Federal as causas fundadas em tratado internacional (art. 109, III, da Constituição Federal), bem como as cartas rogatórias relativas a ações de família julgadas no estrangeiro, após a homologação e concessão do *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 109, X, da Constituição Federal)[31].

3ª ETAPA:

A terceira etapa concerne ao foro competente para o ajuizamento da ação, assim considerado a comarca (Justiça Eleitoral) ou subseção judiciária (Justiça Federal).

Nesse sentido, o inciso I do art. 53 do CPC/2015 estabelece a competência, para as ações de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: **(1)** do domicílio do guardião de filho incapaz; e, subsidiariamente, **(2)** do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; e **(3)** do domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal. Trata-se de competência relativa.

29. Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

30. Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

31. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Note-se que o novo CPC abandonou a regra do foro da residência da mulher, previsto no art. 100, inciso I, do CPC/1973. Ao analisar a questão, JOSÉ FERNANDO SIMÃO leciona que o foro do domicílio da mulher casada foi criado pela Lei n.° 6.515/77 (Lei do Divórcio), sob a vigência do Código Civil de 1916, o qual elevava o marido à posição de chefe da sociedade conjugal, conferindo nítido papel de inferioridade à mulher. Esta, inclusive, somente foi retirada do rol dos relativamente incapazes, por ocasião da edição do Estatuto da Mulher Casada (Lei n.° 4.121/62)[32].

Apesar da evolução do papel da mulher na sociedade brasileira, tal autor chama a atenção para a natureza prematura da mudança do CPC/2015 no tocante a tal questão:

> O novo CPC traz uma visão de futuro e não de presente. Ainda que a situação da mulher frente ao homem tem evoluído para se afastarem discriminações e injustiças, ainda, em termos de remuneração, a mulher ganha menos que o homem e tem situação econômica menos favorável.
>
> Ademais, não se pode esquecer, que em parte sensível da população, cabe apenas a mulher os serviços domésticos, o quer reduz seu tempo de trabalho fora do lar conjugal.
>
> Assim, o novo CPC antecipa uma tendência, mas não espelha uma realidade em que a igualdade é formal, mas não material[33].

No tangente à ação de alimentos, o inciso II do art. 53 do CPC/2015 estabelece a competência do juízo do domicílio ou residência do alimentando. Trata-se de competência relativa.

A competência para a ação de guarda será, segundo o disposto no art. 147 do ECRIAD: **(1)** a do foro do domicílio dos pais ou responsáveis; **(2)** a do foro do lugar onde se encontre a criança ou adolescente, à falta dos pais ou responsável. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com a Súmula n.° 383 do STJ, *in verbis*: *"A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda"*. Cuida-se de competência absoluta.

A ação de investigação de paternidade deve ser processada no foro do domicílio do réu – foro residual estabelecido no art. 46 do CPC/2015 –, salvo quando a ação de investigação de paternidade for cumulada com a ação de alimentos, nos termos da Súmula n.° 01 do STJ: *"O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos"*. Trata-se de competência relativa.

32. SIMÃO, José Fernando. Foro privilegiado da mulher casada e sua não manutenção pelo novo CPC. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). Família e Sucessões. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 15, p. 321-322.

33. SIMÃO, José Fernando. Foro privilegiado da mulher casada e sua não manutenção pelo novo CPC. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). Família e Sucessões. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 15, p. 328-329.

4ª ETAPA:

A última etapa diz respeito à identificação do juízo competente. Tal competência é, em regra, definida pelas normas de organização judiciária. Entretanto, há casos de definição de tal competência em legislação federal, que – para o presente estudo – merecem destaque. Trata-se de regras de competência absoluta.

1ª Hipótese: Competência cumulativa, cível e criminal, do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com fundamento no art. 14 da Lei n.° 11.340/06:

> Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.
>
> Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

A expressão "com competência cível e criminal" do art. 14 da Lei n.° 11.340/06 suscitou divergência acerca da interpretação da extensão da competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Para uma primeira corrente, a competência cível se restringiria ao processamento e julgamento das medidas cautelares especificadas nos artigos 22, 23 e 24 da Lei n.° 11.340/06. Nesse sentido, o Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID) editou o seguinte enunciado:

> ENUNCIADO 3 – A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família ser processadas e julgadas pelas Varas de Família.

Para uma segunda corrente, a competência cível do art. 14 da Lei n.° 11.340/06 deve ser ampla, pois o objetivo dessa Lei seria a criação de juízo especializado que facilitasse o acesso à justiça da vítima e permitisse ao julgador um conhecimento amplo de todas as questões que envolvessem o conflito, *v.g.*, a ação penal, a separação de corpos, os alimentos. O Superior Tribunal de Justiça tem se filiado a esse posicionamento e reconhecido a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para processar e julgar as ações de família, quando houver situação de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência de medida protetiva em seu favor.

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DISTRIBUÍDA POR DEPENDÊNCIA À MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA PREVISTA NA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). 1. COMPETÊNCIA HÍBRIDA E CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO "JUIZADO" ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CON-

TRA A MULHER. AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPORTADO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO. 2. POSTERIOR EXTINÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA. IRRELEVÂNCIA PARA EFEITO DE MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar.

1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção.

1.2. Para o estabelecimento da competência da Vara Especializada da Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher nas ações de natureza civil (notadamente, as relacionadas ao Direito de Família), imprescindível que a correlata ação decorra (tenha por fundamento) da prática de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não se limitando, por conseguinte, apenas às medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22, incisos II, IV e V; 23, incisos III e IV; e 24, que assumem natureza civil. Tem-se, por relevante, ainda, para tal escopo, que, no momento do ajuizamento da ação de natureza cível, seja atual a situação de violência doméstica e familiar a que a demandante se encontre submetida, a ensejar, potencialmente, a adoção das medidas protetivas expressamente previstas na Lei n. 11.340/2006, sob pena de banalizar a competência das Varas Especializadas.

2. Na espécie, a ação de divórcio foi promovida em 16/6/2013, em meio à plena vigência de medida protetiva de urgência destinada a neutralizar a situação de violência a que a demandante encontrava-se submetida, a ensejar a pretensão de dissolução do casamento. Por consectário, a posterior extinção daquela (em 8/10/2013), decorrente de acordo entabulado entre as partes, homologado pelo respectivo Juízo, afigura-se irrelevante para o efeito de se modificar a competência.

3. Recurso Especial provido.

(STJ – 3ª Turma - REsp 1496030 / MT – Relator: Marco Aurélio Bellizze – Data do Julgamento: 06/10/2015 – DJe 19/10/2015)

Saliente-se o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado pela competência cível ampla do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher no ano de 2014, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.° 1.475.006-MT, quando reconheceu a competência do juízo especializado para o julgamento e processamento das ações de execução de alimentos.

Por fim, não se pode olvidar de que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.° 19 – o qual declarou a constitucionalidade dos artigos 1°, 33 e 41 da Lei n.° 11.340/06 –, analisou se houve ou não usurpação de competência dos estados para a fixação da competência do juízo. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que não há usurpação de competência legislativa estadual, pois a Lei Maria da Penha não obriga os entes estaduais à criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, mas apenas estabelece normas de processo, para o caso de os estados optarem pela criação dos juízos especializados.

2ª Hipótese: As ações de guarda podem ser da competência das varas de família ou das varas de infância e juventude, a depender da espécie de guarda discutida. Tal questão pode sofrer influência das normas de organização judiciária local; contudo, cumpre se observar que a guarda tratada no Código Civil se distingue da guarda prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A guarda prevista do Código Civil consta no capítulo intitulado "Da Proteção da Pessoa dos Filhos". Trata-se de guarda estabelecida em favor dos genitores ou de alguém que os substitua. Já a guarda do Estatuto da Criança e do Adolescente é modalidade de colocação em família substituta e pode ser deferida como modalidade autônoma ou no bojo de ação de tutela ou de adoção.

Os estados não estão obrigados a criar os juízos especializados em infância e juventude, mas, caso optem pela sua criação, deverão observar a competência e os procedimentos estabelecidos pelo ECRIAD.

Hipótese 3: Não se podem confundir as ações de partilha e de extinção de condomínio, ajuizadas após o divórcio. O conteúdo da sentença de divórcio é que determinará a ação e, por consequência, poderá determinar o juízo competente – família ou cível. Ressalte-se que a relevância de tal divisão depende das normas de organização judiciária local, a qual pode ou não criar juízo especializado de família.

Caso a sentença não efetue a partilha de um ou de todos os bens, a ação a ser ajuizada será a de partilha (ausência de partilha anterior) ou de sobrepartilha (a partilha anterior não versou sobre todos os bens), as quais serão de competência do juízo de família[34].

Por outro lado, caso a sentença partilhe determinado bem, *v.g.*, na proporção de 50% para cada um dos cônjuges, a separação do patrimônio não será realizada pelo procedimento de cumprimento de sentença, e, sim, atra-

34. PARTILHA DE BENS. Insatisfação contra decisão que determinou a redistribuição do feito. Bens adquiridos na constância do casamento. Partilha não discutida na ação de divórcio. Acessoriedade. Competência do juízo que homologou o divórcio para conhecer da ação em que se pede a repartição do patrimônio comum. RECURSO PROVIDO. (TJSP; AI 2270392-25.2015.8.26.0000; Ac. 9412751; Osasco; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Paulo Alcides; Julg. 06/05/2016; DJESP 11/05/2016)

vés do ajuizamento de ação de extinção de condomínio, de competência cível (residual)[35].

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, diferentemente do diploma que lhe antecedeu, podemos concluir que o CPC/2015 buscou instituir um modelo processual marcado pela flexibilidade procedimental, que permite a adaptação do processo às peculiaridades do direito material por ato do juiz, das partes e do próprio legislador.

Nesse contexto, as ações de família ganham especial destaque, pois, além de a família ser a base da sociedade, os conflitos dessa natureza sofrem grande influxo de questões emocionais, o que impõe uma abordagem multidisciplinar e uma maior busca do consenso, como forma de tratamento adequado do conflito.

7. REFERÊNCIAS

CASTRO, Daniel Penteado de. *Considerações sobre a Sobrevivência dos Procedimentos Especiais no NCPC*. In: MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). Doutrina selecionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. vol. 4. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CRAMER, Ronaldo; MATHIAS, Virgílio. *Art. 695 do CPC*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FABRICIO, Adroaldo Furtado. *A Justificação Teórica dos Procedimentos Especiais*. Disponível em http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio(3)formatado.pdf> Acesso em 22/10/2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Editora Lumen Juros: Rio de Janeiro, 2011.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Métodos ou Tratamentos Adequados de Conflitos?*. In: Jayme, Fernando Gonzaga, MAIA, Renata Chistiana Vieira, REZENDE, Estes Camila Gomes Norato, FIGUEIREDO, Helena Lanna. (Org.). Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. v. 1. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Art. 694*. In: CÂMARA, Helder Moroni (Coord.). Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Almedina. 2016.

35. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO. PARTILHA. DIVÓRCIO. MATÉRIA QUE EXTRAPOLA O LIMITE DAS QUESTÕES DE FAMÍLIA. Conquanto o condomínio tenha sido instituído na partilha oriunda de ação de divórcio, a competência para o julgamento da ação de extinção de condomínio compete à Vara Cível. Conflito procedente. (TJRS; CC 0057511-53.2017.8.21.7000; São Leopoldo; Sétima Câmara Cível; Relª Desª Liselena Schifino Robles Ribeiro; Julg. 11/03/2017; DJERS 17/03/2017)

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *Ensaio inicial sobre as ações de família*. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). Coleção Repercussões do Novo CPC: Famílias e Sucessões. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil:* A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Revista de Informação Legislativa. Ano 52. Número 205 jan./mar. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Os efeitos colaterais da crescente tendência à Mediação*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 11. 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Reflexões em torno da Teoria Geral dos Procedimentos Especiais*. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. vol. 208. Jun. 2012. p. 61-89.

SIMÃO, José Fernando. *Foro privilegiado da mulher casada e sua não manutenção pelo novo CPC*. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). Família e Sucessões. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 15, p. 321-331.

SOARES, Carlos Henrique. *Ações de Direito de Família no novo Código de Processo Civil brasileiro*. In: CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe Camargo; REDONDO, Bruno Garcia (Coord.). Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Art. 694*. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.) Comentário ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva. 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo:* o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

Capítulo XVIII
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Felippe Borring Rocha

1. INTRODUÇÃO

Nos primórdios do Direito, quando a jurisdição se consolidou com função própria dos Estados organizados, a atividade jurisdicional civil era essencialmente voluntária, ou seja, realizada mediante a submissão das partes à solução estatal. Nesse sentido, a atuação do juiz ocidental na antiguidade era mais semelhante a de um árbitro. Com o desenvolvimento da sociedade e a ampliação das estruturas estatais, no entanto, tornou-se necessário redirecionar o espectro da função jurisdicional. Assim, as relações sociais passaram a ser regidas por um grande número de regras jurídicas e a autotutela foi radicalmente limitada. Na esteira desse movimento, a jurisdição voluntária foi gradativamente sendo relegada a um papel secundário dentro dos sistemas jurídicos que se formaram na parte final da antiguidade e, especialmente, após a queda do Império Romano.

No período seguinte às revoluções burguesas, as estruturas judiciárias europeias continentais consolidaram o seu papel de intervenção nos conflitos sociais que não pudessem ser resolvidos pelos próprios interessados, com ou sem a ajuda de um terceiro. Nesse prisma, a jurisdição voluntária perdeu seu caráter "facultativo" e se consolidou como uma etapa necessária para a realização de determinados negócios jurídicos. Nesse sentido, o desenvolvimento da sistemática da jurisdição voluntária foi um dos fatores que levou à reconstrução do conceito de jurisdição nos países filiados à família jurídica do *Civil Law*.

No Brasil, especialmente por influência dos juristas italianos,[1] a visão que prevaleceu ao longo do século XX foi no sentido de que a jurisdição voluntária

1. Por todos, tomemos o conceito de Franceso Carnelutti, ***Lezioni di Diritto Processuale Civile***, p. 48, a jurisdição voluntária é "a atividade do juiz dirigida não à composição de uma lide, mas à tutela de um interesse coletivo à boa administração de interesses privados".

não seria uma espécie jurisdição, nem teria caráter voluntário. Seria, assim, uma atividade administrativa (despida das características fundamentais da jurisdição) exercida pelo Poder Judiciário, de chancela de determinados negócios jurídicos, sem a qual os efeitos perseguidos pelos interessados não poderiam ser validamente produzidos.[2] Dentro dessa linha de pensamento, a jurisdição voluntária se configuraria numa *"atividade resultante de negócio jurídico que se exige um ato do Estado, para que o negócio se realize ou complete"*, na clássica lição de José Frederico Marques.[3] Essa visão administrativista, inclusive, foi amplamente colhida pelo texto do CPC/73, que nos arts. 1.103 a 1.112 davam à jurisdição voluntária contornos distintos da jurisdição contenciosa. O CPC/73, por exemplo, fala em procedimento e não em processo, em interessados, ao invés de partes, em provocação, no lugar de petição inicial, em providência, em substituição à decisão etc.

Durante a vigência do CPC/73, entretanto, a visão administrativista foi perdendo força para teses que sustentavam a natureza jurisdicional da jurisdição voluntária. No crepúsculo do Código de Buzaid já se vislumbrava como prevalente no panorama doutrinário pátrio a percepção de que, ainda que diferenciada, a jurisdição voluntária não poderia ser subtraída das regras gerais estabelecidas para a atividade jurisdicional típica.[4]

De fato, tanto na atividade contenciosa, como na voluntária, o juiz precisa analisar uma pretensão jurídica deduzida em juízo e declarar seus efeitos perante o ordenamento jurídico, o que representa o núcleo central da atividade jurisdicional.[5] É preciso considerar, ainda, que o regime jurídico que rege o desenvolvimento da demanda voluntária é submetido à disciplina processual (art. 719 do NCPC), instaurando verdadeiro processo entre as partes. Não por outro motivo, as decisões ali proferidas alcançam estabilidade[6] e podem se constituir em títulos executivos (art. 515, III, do NCPC). Ademais, o órgão judicial tem características de autonomia e imparcialidade frente aos interesses, em contraste à atividade administrativa.[7] Destarte, na esteira dessas considerações, a existência ou não de um conflito de interesses não seria capaz de desqualificar

2. Humberto Theodoro Júnior, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I, p. 44.
3. Ensaio sobre a jurisdição voluntária, p. 61.
4. Nesse sentido, por todos, veja-se Leonardo Greco, **Jurisdição voluntária moderna**, p. 11.
5. Alexandre Freitas Câmara, **Lições de Direito Processual Civil**, p. 70.
6. Posição essa reforçada pela supressão do equivocado art. 1.111 do CPC/73, que dizia que a *"sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes"*. Importante lembrar também que o fato de não ser capaz de produzir coisa julgada material não retira das decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária a natureza jurisdicional. Como bem lembra Ovídio Araújo Baptista da Silva, **Teoria geral do processo civil**, p. 78, os provimentos cautelares, em regra, também não atingem esse patamar e nem por isso são vistos como estranhos à atividade jurisdicional.
7. Nesse sentido, José Maria Rosa Tesheiner, **Jurisdição voluntária**, p. 41, assinala que *"a jurisdição voluntária importa em tutela de interesses privados, o que justifica sua exclusão do âmbito da Administração, porque desta se espera que busque o interesse público"*.

essa atuação como jurisdicional, embora imponha um tratamento substancialmente diverso na forma de prestação da tutela.[8]

Por essas razões, embora o Novo CPC tenha repetido boa parte das regras presentes no CPC/73 sobre a jurisdição voluntária,[9] parece seguro afirmar que a tendência majoritária permanece no sentido de considerar essa atividade como verdadeiramente jurisdicional.[10]

Apesar de ostentar conteúdo básico declaratório, a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa ou integrativa, mira primordialmente um provimento constitutivo (criando, modificando ou extinguindo uma relação jurídica). Seu objetivo é concretizar um negócio jurídico que, por opção legislativa ou desejo das partes, recebeu tratamento diferenciado em nome de interesses que ultrapassam a esfera particular. Por isso, esse tipo de atuação estatal também ostenta caráter preventivo, na medida em que intervém na formação do ato jurídico para evitar conflitos ou deficiências que possam prejudicar algum dos interessados (como no caso de venda de bens de crianças – art. 725, III, do NCPC), bem como facilitar o exercício de posições jurídicas consolidadas (através da transformação em título executivo judicial do acordo extrajudicial levado pelas à homologação – art. 725, VIII, do NCPC).

O rol de causas tipificadas como de jurisdição voluntária, meramente exemplificativo,[11] encontra-se no art. 725 do NCPC.[12] Essas demandas tramitam sob o rito padrão previsto nas disposições gerais do Capítulo XV do Código (art. 719).[13] O procedimento desenhado para as causas de jurisdição voluntária é basicamente o rito comum previsto nos arts. 318 e seguintes do NCPC, sem a necessidade de realização da audiência de autocomposição (art. 334).

8. Nesse passo, importante destacar que o próprio conceito de jurisdição vem sendo revisto no Brasil por conta das modificações legislativas operadas nas décadas de 1990 e 2000, dentre as quais se destacam a Lei de Arbitragem, a Lei da Súmula Vinculante, a lei que introduziu a separação, o divórcio e a partilha extrajudicial etc.
9. Durante boa parte de sua tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei que deu origem ao Novo CPC utilizou a expressão *"procedimentos não contenciosos"* para substituir o termo *"jurisdição voluntária"*. Somente na fase final de debates é que o nome *"jurisdição voluntária"* foi reinserido no texto.
10. Nesse sentido, veja-se Alexandre Freitas Câmara, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, p. 35, Luiz Guilherme Marinoni ***et altri*, Novo Código de Processo Civil Contado**, p. 698. Em sentido contrário, sustentando a tese administrativista, veja-se Bruno Freire e Silva, **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 1.032.
11. Outros procedimentos de jurisdição voluntária que estão no NCPC: a justificação (art. 381, § 5º), o arrolamento (art. 659 a 667) e a homologação do penhor legal (art. 703 a 706).
12. O Novo Código suprimiu o procedimento de jurisdição voluntária que, no CPC/73, estava no capítulo dos procedimentos cautelares: a posse em nome do nascituro (art. 877).
13. Como bem lembram Luiz Guilherme Marinoni ***et altri*, Novo Código de Processo Civil Contado**, p. 698 o procedimento padrão pode ser usado também para causas não expressamente previstas na legislação, como por exemplo, o pedido de fertilização assistida, a destinação de embriões excedentários e a redesignação de sexo.

Também podem ser incluídos na listagem de causas de jurisdição voluntária do NCPC os ritos especiais descritos nos arts. 726 a 770. Parte deles, entretanto, não traz qualquer peculiaridade procedimental em relação ao rito descrito nas disposições gerais. São exemplos de características particulares desses ritos a realização de um leilão para alienação judicial de bem comum (art. 730), a necessidade de marcação de audiência para a abertura do testamento cerrado (art. 735), a nomeação de curador à herança jacente ou aos bens do ausente (art. 739 e 744) etc.

Fora do NCPC, merecem destaque as seguintes causas de jurisdição voluntária: a dispensa de impedimento de parentesco para casamento (art. 2° do Decreto-lei n° 3.200/41), a homologação de casamento nuncupativo (art. 1.541 do Código Civil); a arrecadação de coisa alheia perdida (art. 1.233 do Código Civil), a nomeação de curador ao nascituro (art. 1.779 do Código Civil), dentre outros.

2. AS CUSTAS PROCESSUAIS

NCPC	CPC/73
Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.	Art. 24. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente, mas rateadas entre os interessados.

O primeiro dispositivo a tratar expressamente da jurisdição voluntária encontra-se na parte referente às despesas processuais. Nele, é reproduzido ***ipse literis*** o disposto no art. 24 do CPC/73: as despesas nos procedimentos de jurisdição voluntária devem ser antecipadas pelo requerente e rateadas entre os interessados. Assim, se todos os interessados estiverem integrados ao processo desde seu nascedouro, o juiz não precisará deliberar sobre as despesas; se algum interessado precisar ser citado, na sentença o juiz definirá a sua cota parte no rateio das despesas, proporcional ao número de interessados. Nesta última hipótese, poderá o interessado promover nos próprios autos a execução do valor que lhe couber a título de ressarcimento pelas despesas que antecipou.

3. A TRAMITAÇÃO DURANTE AS FÉRIAS

NCPC	CPC/73
Art. 215. Processam-se durante as férias forenses, onde as houver, e não se suspendem pela superveniência delas: I – os procedimentos de jurisdição voluntária e os necessários à conservação de direitos, quando puderem ser prejudicados pelo adiamento; (...)	Art. 174. Processam-se durante as férias e não se suspendem pela superveniência delas: I – os atos de jurisdição voluntária bem como os necessários à conservação de direitos, quando puderem ser prejudicados pelo adiamento; (...)

O art. 215 do NCPC reproduz, sem alterações significativas, a redação do art. 174 do CPC/73, estabelecendo que os procedimentos de jurisdição voluntária serão processados durante as férias forenses. Assim, durante as férias os atos processuais relativos a estes feitos poderão ser praticados (art. 214 do NCPC, a contrário senso). Esse dispositivo também é aplicável no caso de recesso forense.[14]

4. A ESTRUTURA PROCEDIMENTAL

NCPC	CPC/73
Art. 719. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção.	Art. 1.103. Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição voluntária as disposições constantes deste Capítulo.

O art. 720 repete o art. 1.103 do CPC/73, estabelecendo a existência de dois tipos de procedimentos para as causas de jurisdição voluntária: de um lado, os ritos especiais (arts. 726 a 770), e de outro, o rito "padrão", para as demais causas.[15] O rito padrão, por sua vez, preserva essencialmente a estrutura do rito comum (arts. 318 e seguintes do NCPC), sem a audiência de autocomposição prevista no art. 334 do NCPC. Destarte, havendo interessado a ser integrado ao processo, ele será citado para responder no prazo de 15 dias (art. 721). Caso contrário, o juiz pode, ao receber a petição inicial, já adotar as providências saneadoras que forem pertinentes. Estando a petição inicial devidamente instruída, se não houver necessidade de citações ou intimações, bem como da produção de outras provas, o juiz pode de plano proferir sentença sobre o mérito da causa.

5. A PETIÇÃO INICIAL

NCPC	CPC/73
Art. 720. O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.	Art. 1.104. O procedimento terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular o pedido em requerimento dirigido ao juiz, devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

14. Leonardo Carneiro da Cunha, **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 360.

15. Exatamente por conter peculiaridades procedimentais é que as causas de jurisdição voluntária não podem ser propostas perante os Juizados Especiais. Nesse sentido, veja-se o nosso livro **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática**, p. 34.

O art. 720 do NCPC diz basicamente a mesma coisa que o art. 1.1.4 do CPC/73 dizia, acrescentando apenas a referência à Defensoria Pública dentre os legitimados. Na realidade, a menção ao Ministério Público ou à Defensoria Pública no dispositivo é tecnicamente dispensável. Isso porque, sempre que elas ou outras pessoas forem interessadas na celebração de um negócio jurídico com a chancela judicial, poderão lançar mão dos procedimentos de jurisdição voluntária.[16] Isso já acontecia com a própria Defensoria Pública,[17] antes da edição do NCPC, e vai continuar acontecendo, por exemplo, com a Fazenda Pública, caso tenha interesse nesse tipo de causa.

Importante que se diga que nos procedimentos de jurisdição voluntária são aplicáveis os princípios da inércia e da iniciativa da parte, previstos no art. 2° do NCPC. Assim, ao contrário do que é sustentado por alguns, não podem os procedimentos de jurisdição voluntária serem deflagrados de ofício,[18] mesmo quando a Lei Processual assim o prevê (arts. 730, 738, 744 e 746 do NCPC). Em nosso sentir, todos esses dispositivos são inconstitucionais, por violação do princípio da inércia (art. 5°, LIV, da CF). Como o próprio art. 720 diz, o início do procedimento deve se dar através de provocação do interessado.

Embora o art. 721 evite utilizar a terminologia, o certo é que o início do procedimento se dá por meio de uma petição inicial. Os requisitos dessa peça deverão ser extraídos, com as devidas adaptações, do art. 319 do NCPC. Assim, não basta que a petição inicial venha instruída com os documentos necessários e a com a indicação da providência judicial perseguida. É necessário que diga para qual juízo é dirigida, a qualificação das partes, os fatos e fundamentos do pedido, o valor da causa (valor de alçada) e as provas que pretende produzir.

Se a petição não estiver adequada, o requerente deverá ser intimado para emendá-la ou complementá-la, nos termos do art. 321 do NCPC. A petição inicial poderá ainda ser indeferida, nas situações descritas no art. 330 do NCPC, mas não se verifica aplicação aos procedimentos de jurisdição voluntária das hipóteses de improcedência liminar do pedido previstas nos incisos do art. 332 do NCPC.

16. O interesse que legitima a integração das partes ao processo de jurisdição voluntária é o jurídico. Nesse sentido, veja-se: *"Havendo entre os estipulantes e o terceiro beneficiário um vínculo de caráter meramente obrigacional, o interesse deste último no procedimento de alienação de coisa comum é tão-somente econômico e não jurídico. Desnecessidade de sua citação"* (RSTJ 62/328).

17. A Defensoria Pública, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor, já ajuizava pedidos de homologação dos Termos de Ajustamento de Conduta que celebrava, no âmbito da proteção dos interesses transindividuais (art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, com a redação atribuída pelo art. 113 do CDC).

18. Na vigência do CPC/73, era comum ver autores sustentando a possibilidade de o procedimento de jurisdição voluntária ser iniciado de ofício. Nesse sentido, veja-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, p. 1.545. Esse entendimento permanece majoritário na vigência do Novo Código, como se vê em Luiz Guilherme Marinoni ***et altri*****, Novo Código de Processo Civil Contado**, p. 698, e Fredie Didier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 188.

6. AS COMUNICAÇÕES PROCESSUAIS E A RESPOSTA DO REQUERIDO

NCPC	CPC/73
Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.	Art. 1.105. Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público. Art. 1.106. O prazo para responder é de 10 (dez) dias.

O art. 721 do NCPC reuniu o conteúdo dos arts. 1.105 e 1.106 do CPC/73, corrigindo os principais erros deste último dispositivo, os quais sejam, dizer que o Ministério Público seria citado e dar a impressão de que a intervenção do ***Parquet*** seria obrigatória em todas as causas. O novo artigo deixa claro o que já se sabia, mesmo na vigência do CPC/73: o Ministério Público a que se refere o dispositivo é o fiscal da ordem jurídica, portanto ele deverá ser intimado para intervir no feito e sua participação depende da incidência de alguma das situações descritas no art. 178 do NCPC.

O art. 721 do CPC prevê também a citação do requerido.[19] Assim, se algum dos interessados não estiver representado na petição inicial, o requerente deverá postular expressamente pela sua citação, muito embora o art. 319 do NCPC não arrole mais o pedido de citação do réu como requisito da petição inicial. Por certo, a falta da citação de algum dos interessados acarreta em invalidade, nos termos do art. 238 do NCPC.

O artigo também dispõe sobre o prazo para respostado requerido, que é ampliado de 10 para 15 dias, na esteira da uniformização de prazos proposta pelo novo diploma processual. Se o requerido ficar inerte, entretanto, não se produzirão os efeitos da revelia, elemento intrínseco à jurisdição contenciosa. Por outro lado, minoritário, defendemos a possibilidade de reconvenção na contestação,[20] desde que o pedido também seja relativo à uma causa de jurisdição voluntária, conexa com o pedido principal (art. 343 do NCPC). São cabíveis, também, as arguições de imparcialidade (impedimento e suspeição), na forma do art. 146 do NCPC.

19. Conforme assinalam Luiz Guilherme Marinoni ***et altri*****, Novo Código de Processo Civil Contado**, p. 699, o interesse que outorga legitimidade passiva para a participação no processo é aquele denotado em função da imediata afetação da esfera jurídica de alguém pela decisão judicial em jurisdição voluntária.

20. A posição majoritária, na vigência do CPC/73, é pelo descabimento da reconvenção nos procedimentos de jurisdição voluntária. Nesse sentido, veja-se: *"Procedimentos de jurisdição voluntária. Alienação de coisa comum. Reconvenção. Não cabe reconvenção no procedimento de jurisdição voluntaria. Hipótese em que, ademais, há necessidade de empregar-se ritos distintos. Recurso Especial não conhecido"* (STJ - 4ª Turma - RESP 33457/SP - Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 29/11/1993).

7. AS PROVAS

NCPC	CPC/73
	Art. 1.107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é licito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

O art. 1.107 do CPC/73 tinha duas partes. A primeira era absolutamente redundante. Nela se dizia que as partes poderiam produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações. A segunda, continha uma disposição completamente absurda. Ela assinalava que o juiz poderia "investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas". É obvio que o juiz não poderia investigar livremente os fatos. A atividade probatória dele estava limitada aos interesses deduzidos em juízo e à atuação das partes. Da mesma forma, não poderia ordenar a realização de quaisquer provas (provas ilícitas, por exemplo, são constitucionalmente proibidas). Assim, em muito bom tempo o legislador excluiu esse artigo e suas bizarrices. De modo que o regime probatório nos procedimentos de jurisdição voluntária deve seguir os ditames das provas em geral (arts. 369 e seguintes do NCPC), com as devidas adaptações.

8. A INTIMAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

NCPC	CPC/73
Art. 722. A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.	Art. 1.108. A Fazenda Pública será sempre ouvida nos casos em que tiver interesse.

O art. 722 do NCPC repetiu ***ipse literis*** a redundante previsão contida no art. 1.108 do CPC/73. Neles está dito que a Fazenda Pública será chamada para se manifestar quando tiver interesse. Isso é absolutamente óbvio e, portanto, dispensável. A maior parte das vezes a intervenção da Fazenda Pública ocorrerá por interesse econômico, notadamente quando implicar na incidência de tributos. Ainda assim, em alguns ritos especiais, a intervenção da Fazenda Pública foi expressamente prevista, como nos casos de arrecadação de bens (arts. 740, § 6°, e 745, § 4°, do NCPC).

9. A SENTENÇA

NCPC	CPC/73
Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias.	
Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.	Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

O art. 723 do NCPC reproduz a regra contida no art. 1.109 do CPC/73, dividindo-o em duas partes: ***caput*** e parágrafo único. No ***caput***, mantém a disposição de que o juiz deve proferir sentença no prazo de 10 dias. É um prazo bem menor que o previsto para os procedimentos contenciosos (30 dias – art. 226, III, do NCPC), mas compatível com a simplicidade das causas de jurisdição voluntária.

No parágrafo único, mantém a inadequada disposição de diz que o juiz não seria obrigado a observar critério de legalidade estrita e que poderia adotar em cada caso *"a solução que reputar mais conveniente ou oportuna"*. Conveniência e oportunidade são critérios relacionados a discricionariedade, elemento incompatível com o ato decisório judicial num Estado Democrático de Direito. Seria muito mais técnico que o artigo tivesse dito que o juiz poderia julgar, nos procedimentos de jurisdição voluntária, por equidade,[21] como já ocorre nos Juizados Especiais.[22] Da mesma forma, importante destacar que a decisão, pautada ou não no critério da equidade, deve conter fundamentação adequada, nos termos do art. 489, § 1°, do NCPC.[23]

10. OS RECURSOS

NCPC	CPC/73
Art. 724. Da sentença caberá apelação.	Art. 1.110. Da sentença caberá apelação.

O art. 1.110 tinha a regra mais esdrúxula de todo o Código de 1973. Alvo constante de chacotas e ironias, a regra trazia uma informação não apenas redundante (vide o ***caput*** do art. 513 do mesmo CPC), mas também incompleta: Como assim *"da sentença caberá apelação"*? Poderia ser diferente? E da decisão interlocutória, caberia o quê?

Apesar de evidentemente descabido, alguns autores apresentavam razões histórica para tentar justificar a existência desse dispositivo no CPC/73. No NCPC, no entanto, não há qualquer motivo plausível para sua manutenção. É simplesmente constrangedor. A nossa sugestão é que na primeira oportunidade

21. Fredie Didier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 188.
22. Diz o art. 6º da Lei nº 9.099/95: *"O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum"*. Sobre esse tema, veja-se o nosso livro **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática**, p. 49.
23. Bruno Freire e Silva, **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 1.034.

disponível o legislador exclua esse dispositivo ou coloque no seu lugar algo útil para os operadores do Direito.

De qualquer forma, diante da redação do art. 724, necessário reafirmar que o regime recursal previsto no Título II do Livro III da Parte Especial do NCPC é aplicável aos procedimentos de jurisdição, com as devidas adaptações. Assim, por exemplo, na hipótese de o processo não ter parte requerida, os recursos interpostos serão processados de forma unilateral, sem dialeticidade, como ocorre no caso da apelação prevista no art. 331 do NCPC.

11. A ESTABILIDADE DA DECISÃO

NCPC	CPC/73
Sem dispositivo correspondente.	Art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

O CPC/73 dispunha no seu art. 1.111 que a sentença poderia ser modificada ocorrendo circunstâncias supervenientes. Com isso, parte da doutrina sustentava que a decisão proferida na jurisdição voluntária não faria coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal. Outra parte da doutrina, tomando a literalidade do art. 1.111, ia além e dizia que a sentença na jurisdição voluntária não faria qualquer tipo de coisa julgada, nem mesmo formal. A diferença entre as correntes residia na forma como a sentença deveria ser modificada. A primeira vertente, majoritária, sustentava que uma nova demanda deveria ser apresentada nos mesmos autos onde foi proferida a sentença que se deseja alterar; a segunda, assinalava que bastava uma simples petição para que a causa fosse "reaberta".

Mesmo entre os adeptos da primeira corrente havia dissenso sobre a natureza dessa nova demanda. A maioria afirmava que ela deveria se apresentar sob a fora de ação anulatória (art. 486 do CPC/73). Outra banda, afirmava que a ação deveria ter caráter revisional (art. 471, I, do CPC/73), tal como ocorria em relação à ação de revisão de alimentos (art. 13 da Lei de Alimentos). Em nossa visão, a ação de anulação está necessariamente ligada a um vício, que nem sempre estava presente na ocorrência de fatos supervenientes. Assim, sustentávamos que se a sentença abarcava um ato viciado, a ação cabível seria a anulatória, mas se os fatos supervenientes não estavam relacionados a um vício, a demanda seria revisional.

Com a edição do Novo Código, o art. 1.111 do CPC/73 foi revogado e seu conteúdo não foi reproduzido. Não obstante, mantemos a nossa opinião de que a sentença proferida sobre uma causa de jurisdição voluntária transita em julgado e produz, em regra, coisa julgada formal.[24] Defendemos, ainda, que, exatamente por produzir coisa julgada formal, essa sentença não pode ser

24. Fredie Didier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**, p. 194.

modificada por "simples petição": é necessário o ajuizamento de uma nova demanda (nos mesmos autos), que terá natureza revisional, quando existirem fatos supervenientes (art. 505, I, do NCPC) ou anulatória, se voltada contra a ocorrência de vícios (art. 966, § 4º, do NCPC).

Por certo, se a sentença proferida em sede de jurisdição voluntária não se limitar à homologação, mas resolver o mérito e transitar em julgado (reconhecendo a prescrição, por exemplo – art. 485, II, do NCPC), cabível será a ação rescisória (arts. 966 e seguintes do NCPC).[25]

NCPC	CPC/73
Art. 725. Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: I – emancipação; II – sub-rogação; III – alienação, arrendamento ou oneração de bens de crianças ou adolescentes, de órfãos e de interditos; IV – alienação, locação e administração da coisa comum; V – alienação de quinhão em coisa comum; VI – extinção de usufruto, quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo da sua duração ou da consolidação, e de fideicomisso, quando decorrer de renúncia ou quando ocorrer antes do evento que caracterizar a condição resolutória; VII – expedição de alvará judicial; VIII – homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor. Parágrafo único. As normas desta Seção aplicam-se, no que couber, aos procedimentos regulados nas seções seguintes.	Art. 1.112. Processar-se-á na forma estabelecida neste Capítulo o pedido de: I – emancipação; II – sub-rogação; III – alienação, arrendamento ou oneração de bens dotais, de menores, de órfãos e de interditos; IV – alienação, locação e administração da coisa comum; V – alienação de quinhão em coisa comum; VI – extinção de usufruto e de fideicomisso.

O art. 725 do NCPC praticamente repete o rol de causas, existente no art. 1.112 do CPC/73, que se sujeitam ao procedimento padrão de jurisdição voluntária, apenas lhe acrescentando algumas informações. De fato, quando trata do pedido de extinção de usufruto, o NCPC esclarece que o rito será aplicado quando não decorrer da morte do usufrutuário, do termo de sua duração ou da consolidação, e do pedido de extinção de fideicomisso, quando decorrer da re-

25. Bruno Freire e Silva, **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 1.034.

núncia ou quando ocorrer antes do evento que caracterizar sua condição resolutiva. Se não for aplicado o procedimento de jurisdição voluntária, a extinção do usufruto ou do fideicomisso se resolver de forma extrajudicial.[26]

O NCPC também inclui na listagem originalmente constante do CPC/73 o pedido de expedição de alvará judicial e a homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor. Esta última se configura em título executivo judicial (art. 515, III, do NCPC), a ser executado nos próprios autos onde foi proferida, nos termos dos arts. 513 e seguintes do NCPC.

12. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 5° ed., São Paulo: Saraiva 1993.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários aos artigos sobre tempo e lugar dos atos processuais, *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 18ª ed., Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; *et altri*, **Novo Código de Processo Civil Contado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária**. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. I, Campinas: Millennium, 2000.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Teoria e Prática**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Bruno Freire. Comentários aos artigos sobre procedimento de jurisdição voluntária, *in* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 47ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

26. Bruno Freire e Silva, **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**, p. 1.034.

CAPÍTULO XIX
PROCESSO DE EXECUÇÃO

BREVES ANOTAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NCPC

Diego Martinez Fervenza Cantoario

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é traçar um breve panorama das alterações promovidas no denominado "processo de execução", após o advento do novo Código de Processo Civil.

A tutela jurisdicional executiva, em sentido amplo, foi objeto de inúmeras reformas nos últimos anos. A efetivação das obrigações de fazer foram objeto das Leis nº 8.952 de 1994 e 10.444 de 2002, enquanto a execução de créditos pecuniários foi alterada pelas Leis nº. 11.232/2005 e 11.382 de 2006. O NCPC segue diretriz semelhante àquela que orientou o legislador das reformas do CPC 1973, buscando aumentar a eficiência dos meios executivos.

O novo Código de Processo Civil aperfeiçoa o arcabouço deixado pelas reformas empreendidas na primeira década do ano 2000, principalmente no tocante à sistematização das execuções autônomas (execução de alimentos e execução contra a Fazenda Pública), que sobreviviam em absoluta desarmonia em face ao restante do sistema.

Portanto, atualmente pode-se afirmar que o processo autônomo de execução se destina preponderantemente à cobrança de títulos executivos extrajudiciais. Contudo, há uma via de mão dupla entre os dispositivos referentes ao cumprimento de sentença e o processo de execução, conforme explicitado pelos artigos 513 e 771 do NCPC[1]. Desse modo, por exemplo, disposições

1. Art. 513. O cumprimento da sentença será feito segundo as regras deste Título, observando-se, no que couber e conforme a natureza da obrigação, o disposto no Livro II da Parte Especial deste

sobre penhora, adjudicação e alienação são aplicados ao cumprimento de sentença.

Adiante, abordarei brevemente as alterações que considero merecedoras de maior atenção.

2. EXCLUSÃO DAS EXECUÇÕES AUTÔNOMAS DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E CONTRA O DEVEDOR DE ALIMENTOS DO ÂMBITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO.

Na vigência do CPC 1973, as sucessivas reformas levaram à generalização do cumprimento de sentença como técnica processual para efetivação dos títulos executivos judiciais.

Se em 1992 e 2004 as alterações restringiram-se às obrigações de fazer e não fazer, a Lei nº. 11.232 de 2005 ampliou tal procedimento às obrigações de pagar quantia reconhecidas em títulos executivos judiciais.

Contudo, continuaram vigentes os dispositivos referentes à execução autônoma de alimentos (CPC 1973, arts. 732 e seguintes) e contra a Fazenda Pública (CPC 1973, arts. 730 e 731), o que gerou inúmeras dúvidas exegéticas, existindo aqueles que defendessem, em ambos os casos, a submissão de ambas ao cumprimento de sentença[2], bem como outros que sustentavam a subsistência exclusiva da execução autônoma.

Sob a égide do CPC 1973 a sistemática da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública distanciava-se do processo sincrético introduzido pela reforma do processo de execução de títulos judiciais empreendido pela Lei nº. 11.232 de 2005.

Ao contrário do que ocorria na execução pecuniária por quantia certa promovida contra devedor solvente (artigos 475-J e seguintes do CPC 1973), os entes públicos, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, eram citados para o oferecimento de embargos, e não intimados, na pessoa de seus procuradores, para pagar em 15 (quinze) dias, como ocorre no regime comum, aplicável entre particulares (CPC 1973, art. 730).

A doutrina controverteu quanto à influência da Lei nº 11.232 de 2006 sobre a execução contra a Fazenda Pública. Segundo Araken de Assis[3], Le-

Código. Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

2. Assim, José Miguel Garcia Medina sustentava que a cobrança dos alimentos deveria ser efetivada pelo procedimento do cumprimento de sentença. MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 0. 264.

3. ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 951.

onardo Greco[4], Flávio Luiz Yarshell, Marcelo Bonício[5], Cláudia Cimardi[6] e Leonardo José Carneiro da Cunha[7], a execução por quantia certa contra os entes públicos continuaria se desenvolvendo através de processo autônomo. Essa posição era justificada pela permanência dos artigos 730 e seguintes do Código de Processo Civil de 1973, que continuavam a exigir a citação do ente público, e a consequente formação de uma relação processual autônoma.

Por outro lado, Cassio Scarpinela Bueno sustentava que não havia um processo autônomo, nem a propositura de uma ação executiva. Para o autor, "o que há, mesmo nestas situações, é uma só ação e um só processo que, como qualquer outro, desenvolve-se sem solução de continuidade por diversas etapas ou fases, visando ao atingimento, pelo Estado-juiz, de determinadas finalidades"[8].

Essa corrente também foi representada por Alexandre Câmara:

> A nova redação do art. 741, I, do CPC, que permite à Fazenda alegar, em seus embargos à execução, falta ou nulidade de citação "no processo" (e não mais "no processo de conhecimento", como se dizia na redação anterior), parece deixar claro que se tem aí um só processo, que se desenvolve em duas diferentes fases, uma cognitiva, outra executiva. Trata-se, pois, de um processo sincrético como são todos os demais em que se busca a prolação de uma sentença civil condenatória e sua posterior execução. A única diferença é que nesse caso a defesa do executado não se fará por impugnação, incidentemente ao módulo processual executivo, mas através do processo autônomo de embargos[9].

Durante o período de vigência do CPC 1973, defendemos que a razão estava com a primeira posição. A necessidade de citação do ente público executado

4. GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 36, p. 85, 2006.

5. YARSHELL, Flávio Luiz. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Execução civil. Novos perfis**. São Paulo: RCS, 2006, p. 110.

6. CIMARDI, Claudia. *Execução contra a Fazenda Pública após a EC 30/2000*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos. WAMBIER, Luiz Rodrigues. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.* São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 336/348, 2007, p. 338.

7. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 272. *"Com o advento da Lei n. 11.232, de 22 de setembro de 2005, não existe mais processo autônomo de execução fundada em título judicial, devendo a sentença ser objeto de simples cumprimento. Tal sistemática não atinge a execução proposta em face da Fazenda Pública. Esta continua sendo uma execução autônoma, cabendo embargos do devedor, cuja natureza de execução está mantida".*

8. BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito processual*. v. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 426.

9. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 363.

para oferecer embargos evidenciava que há a formação de um procedimento autônomo diverso daquele em que se deu a cognição[10].

O CPC 2015 inovou em relação a esse panorama. Em primeiro lugar, adota-se expressamente o regime do cumprimento de sentença para a efetivação das decisões judiciais contra os entes públicos (CPC 2015, art. 534), reduzindo-se a distância entre as regras do procedimento aplicável aos particulares e aos entes públicos. Extirpou-se, portanto, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública do âmbito do processo autônomo de execução.

Em relação à execução de alimentos, a questão também era tormentosa, pois a execução de alimentos não foi tratada no âmbito do cumprimento de sentença no CPC 1973. A matéria permaneceu disciplinada pelos artigos 732 e 733 do CPC 1973, que tratavam respectivamente da execução de alimentos por constrição patrimonial e através do meio coercitivo da prisão civil.

A doutrina e jurisprudência, no período, passaram a oscilar quanto a subsistência da execução de alimentos pelo rito da expropriação através de processo de execução autônomo, o que gerava situação de grande insegurança jurídica[11].

Assim, no tocante ao rito dos alimentos através da técnica expropriatória, a opção pelo cumprimento de sentença permitiria a defesa do executado através de impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, art. 475-L), enquanto a execução pelo art. 732 implicaria na eventual oposição de embargos do devedor, cujo âmbito de cognição é muito mais amplo, além de não exigir a garantia do juízo.

Situações como estas eram amplamente violadoras do princípio da isonomia, permitindo a sobrevivência de situações jurídicas discrepantes, em relação a titulares de direito material que se encontravam em situações assemelhadas[12].

O CPC 2015, ao prever a submissão da execução por quantia certa fundada em título executivo e contra o devedor de alimentos ao procedimento do cumprimento de sentença pacificou a celeuma outrora vigente, conferindo maior racionalidade e sistematização à matéria (CPC 2015, arts. 528 e seguintes).

Atualmente, portanto, não mais subsiste a execução autônoma por quantia certa fundada em título judicial contra a Fazenda Pública, que seguirá o rito do cumprimento de sentença. Por outro lado, também desapareceram as execuções de alimentos autônomas (constrição e coerção), que serão todas efetivadas mediante cumprimento de sentença, salvo as hipóteses de título executivo extrajudicial.

10. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.* Curitiba: Juruá, 2014, p. 134.

11. O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, já havia decidido pela subsistência da execução autônoma de alimentos. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão julgador: 12ª Câmara Cível. Apelação cível 1065032-1. Relator: Joeci Machado Camargo. Curitiba, 9 de julho de 2014.

12. Sobre o controle das diferenças de tratamento, destaco artigo publicado sobre o princípio da igualdade. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil.* Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 3, p. 1-28, 2007.

3. MEIOS EXECUTÓRIOS

Meios executórios são definidos por LEONARDO GRECO como "os tipos de providências, os tipos de técnicas adotados pelo juiz, apropriados à obtenção do bem pretendido pelo exeqüente"[13]. ARAKEN DE ASSIS não traz conceito substancialmente diferente: "meios executórios constituem a reunião de atos executivos endereçada, dentro do processo, a obtenção do bem pretendido pelo exeqüente"[14].

Os meios executórios são de grande importância na realização do direito material, pois, a partir deles, é possível realizar diretamente o direito material do autor, privando-o de seus bens, ou indiretamente, através da imposição de medidas desestimuladoras do não cumprimento da decisão judicial. Afinal, como afirma Milagros López Gil: "*si no se arbitran dichos mecanismos para garantir el cumplimiento de lo estatuido en el fallo, las decisiones judiciales quedarán reducidas a meras declaraciones de intenciones sin virtualidad práctica*"[15].

Os meios executórios também têm importância na classificação das modalidades de execução. A doutrina clássica os compreendeu a partir do bem jurídico ambicionado pelo demandante, e cada um deles reclamará o meio executório idôneo para a proteção do direito material. Dessa maneira, exemplificativamente, mencionamos, com fundamento nas lições de ARAKEN DE ASSIS, os bens que podem ser objeto dos meios executórios: uma coisa certa ou determinada; determinada quantia em dinheiro; coisas fungíveis passíveis de conversão em dinheiro (por exemplo, um pacote de café); um fazer ou não fazer[16].

Esses bens jurídicos poderão ser tutelados através de meios executórios sub-rogatórios ou coercitivos, de acordo com o direito material posto em juízo.

Como bem destaca Milagros López Gil, no momento em que o Estado assume a responsabilidade em conduzir a resolução de conflitos, e veda a autotutela, há a necessidade deste proporcionar aos jurisdicionados técnicas processuais que possibilitem a execução forçada das decisões judiciais[17]. Michele Tarufo também ressalta esse caráter, ao afirmar que "as formas de tute-

13. GRECO, Leonardo. *O processo de execução.* v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 345.

14. ASSIS, A. *Manual...*, p. 129.

15. LÓPEZ GIL, Milagros. *Avances em la ejecución de Sentencias contra la Administración.* Navarra: Arazandi, 2004, p. 32. No mesmo sentido JUSTEN FILHO, Marçal. Estado Democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado: a questão dos precatórios. *In: Revista de Direito Público da Economia.* Belo Horizonte, ano 5. 19, p. 172, julho/setembro 2007.

16. ASSIS, A. *Manual...*,p. 128/129.

17. LÓPEZ GIL, M. *Op. cit.* p. 28.

la executiva espelham a individuação das situações substanciais, efetivamente tuteláveis e, por outro lado, condicionam, enquanto remédios executivos, devendo adaptar-se às necessidades de atuação conexa às várias situações substanciais"[18].

O que nos parece relevante é a existência de meios executórios adequados e suficientes para perseguir a tutela do direito material. Apenas assim será respeitada a garantia da tutela jurisdicional efetiva e seu corolário, o direito à execução das decisões judiciais. Adiante, abordaremos este assunto ao tratar do conteúdo do direito à execução das decisões judiciais.

3.1. Abandono da dicotomia entre meios de coerção e meios de sub-rogação

O novo CPC traz, em seu art. 139, inciso IV, importante dispositivo, vocacionado à superar a tradicional dicotomia entre meios de coerção e meios de sub-rogação. Estabelece o aludido dispositivo o dever do magistrado de determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

A norma extraída a partir do dispositivo traz a prevalência do direito à execução das decisões judiciais sobre a tradicional dicotomia entre meios de sub-rogação e meios coercitivos.

Serge Guinchard comenta que o direito à execução dos julgamentos pode ser considerado a "terceira grande garantia do processo justo". De acordo com o autor, a primeira garantia decorrente da cláusula do processo justo seria o acesso à justiça; a segunda, o direito à justiça de qualidade, compreende dois aspectos: a organização dos tribunais e o processo justo em sentido estrito, ou seja, um processo que se desenvolva em respeito à paridade de armas e ao contraditório[19].

Como terceira face da cláusula do processo justo, Serge Guinchard menciona que de nada adiantaria o acesso ao judiciário e a uma justiça de qualidade se o Estado pudesse recusar a execução de uma decisão judicial. A efetividade do direito ao acesso à justiça pressupõe o direito à execução das decisões judiciais[20].

18. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução de Wambier, Teresa Celina de Arruda Alvim. Revista de Processo. São Paulo, ano 15, nº. 59, p. 73, julho-setembro de 1990.
19. GUINCHARD, Serge *et al. Droit processuel- droit fundamentaux du procès.* 6ª ed. Paris: Dalloz, 2011, p. 1091.
20. *Loc. cit.*

3.2. Cumprimento dos atos executivos pelo oficial de justiça em comarcas contíguas

O NCPC seguiu a jurisprudência do STJ que já permitia a prática de atos executivos pelo oficial de justiça em comarca contígua à mesma região metropolitana, desde que ausente prejuízo ao destinatário do ato, com fundamento no princípio da celeridade e da instrumentalidade das formas[21].

Acreditamos que a inovação é positiva, encontrando-se em conformidade com o direito à execução das decisões judiciais, na medida em que evita o atraso na realização de atos executórios sobre o patrimônio do executado, possibilitando uma satisfação mais célere da execução.

3.3. Inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes

O NCPC prevê expressamente a possibilidade de o juiz determinar a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, § 3º).

Conforme já destacamos em outro estudo, trata-se de medida de caráter coercitivo, e que ostenta grande relevância para induzir a satisfação da execução por executados de patrimônio reduzido, e que constantemente dependem da contratação de crédito[22].

Em razão da aplicação subsidiária dos dispositivos do processo de execução, tal medida poderá ser aplicável também no cumprimento de sentença[23].

A aplicação deste meio executivo poderá ocorrer tanto na execução de obrigação de pagar quantia quanto na execução de obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa certa. Conforme já visto anteriormente, superou-se a dicotomia entre os meios de coerção e sub-rogação, de modo a permitir a máxima efetividade do direito à execução das decisões judiciais. Portanto, admite-se no

21. Superior Tribunal de Justiça. Órgão julgador: quarta turma. Recurso especial 141.562/PA. Relator: min Barros Monteiro. DJ, 21 de setembro de 1998.
22. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no novo CPC: primeiras observações.* In: Coleção novo CPC. Doutrina selecionada. Execução. DIDIER JR, Fredie. Et alii. (Org.) 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.226.
23. RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva. (parte 2 – continuação). In.: Revista de Processo, São Paulo, nº. 345, 2014, p. 153. "Já dissemos ao tratar do cumprimento de sentença, e, repetimos agora, que o NCPC (Lei 13.105/2015) fez questão de reproduzir os arts. 475-R e 598, ambos do CPC/1973, ou seja, manteve a regra da mão dupla entre as regras do cumprimento de sentença com o processo de execução. Assim, o primeiro dispositivo do Processo de Execução é justamente o art. 771 que assim diz: art. 771. Este livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais que a lei atribuir força executiva".

regime do NCPC a aplicação de medidas coercitivas em obrigação de pagar quantia (NCPC, art. 139, IV).

A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

4. INTERESSE DE AGIR E PROCESSO DE CONHECIMENTO

Estabelece o art. 785 do NCPC que a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

Tal medida é aplicável apenas ao processo de execução de título executivo extrajudicial, não sendo possível ao detentor de título executivo judicial demandar novamente o exequente para a formação de novo título executivo judicial.

No caso de título executivo extrajudicial, o interesse de agir do autor em propor nova demanda decorrerá do fato de que as hipóteses de cabimento dos embargos à execução são demasiado abrangentes, sendo possível ao executado discutir qualquer matéria que lhe seria possível discutir em sede de processo de conhecimento[24].

5. REMESSA DOS AUTOS AO CONTADOR

Na vigência do CPC 1973 a Lei nº. 11.232 de 2005 reformou a estrutura da tutela jurisdicional executiva, instituindo o cumprimento de sentença como técnica de efetivação dos títulos executivos judiciais. Uma das alterações promovidas pela aludida Lei foi a expressa de possibilidade de remessa dos autos ao contador do juízo nas hipóteses de assistência judiciária (CPC 1973, art. 475-B, § 3º).

O dispositivo mostrou-se de grande importância para superar o obstáculo econômico ao acesso à justiça, tradicionalmente identificado como objeto da primeira onda do acesso à justiça[25].

A hipótese apresentava-se importante, em decorrência da ausência de estrutura das Defensorias Públicas, que não contam com corpo de contadores para a elaboração de cálculos de qualquer natureza.

O entendimento pacificado do STJ era o de que o fato da parte estar representada pela Defensoria Pública não lhe retiraria a possibilidade de poder se

24. AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao art. 785, ebook.

25. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. 1 ed. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 2002. p. 32/41.

utilizar dos serviços da contadoria judicial, como beneficiário da assistência jurídica[26].

Subsiste na sistemática do CPC 2015 a remessa dos autos ao contador nas hipóteses de assistência jurídica gratuita, por exigência do art. 98, § 1º, inciso VII.

Deve-se destacar que não se pode interpretar a norma restritivamente, de modo apenas a dispensar o beneficiário da assistência judiciária gratuita de instruir a petição inicial da execução por quantia certa com o demonstrativo do débito atualizado até a data de propositura da ação (CPC 2015, art. 798, inciso I, alínea b). Deste modo, na oposição de embargos à execução, caso o executado discorde da quantia executada, poderá apontar as razões pelas quais entende que o valor apresentado pelo exequente se encontra equivocado (afirmando, por exemplo, que o valor executado considera valores já adimplidos), mas sem necessidade de apresentar demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo (NCPC, art. 917, §§ 4º e 5º).

A presença do dispositivo no CPC 2015 favorece a efetiva paridade de armas, na medida em que o litigante que gozar do benefício da assistência jurídica gratuita, através ou não da Defensoria Pública, poderá obter a efetiva tutela do direito material. Na absoluta maioria das vezes o Defensor Público ou o advogado dativo não dispõem de conhecimentos suficientes para a realização de cálculos, ou a possibilidade de contar um contador para a elaboração de cálculos judiciais, que apresentam particularidades que demandam conhecimento técnico específico.

6. FRAUDE À EXECUÇÃO (ARTS. 792 E SEGUINTES)

O CPC 1973 considerava ocorrida a fraude à execução quando nas hipóteses de alienação ou oneração de bens, quando sobre eles pender ação fundada em direito real (CPC/1973, art. 593, I), quando ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (CPC/1973, art. 593, II) e nos demais casos expressos em Lei (CPC/1973, art. 593, III).

A doutrina tradicional compreendia a fraude à execução como qualquer ato de disposição do bem quando pendente uma demanda judicial[27].

A reforma empreendida pela Lei nº 11.232 de 2006, introduziu o art. 615-A, que previa a possibilidade de o exequente averbar a certidão de distribuição de execução no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros

26. Superior Tribunal de Justiça. Órgão julgador: terceira turma. Relator: Nancy Andrighi. Recurso Especial nº. 1.200.099. Brasília, 6 de maio de 2014.

27. GRECO, L. *O processo...*, v. II, p. 38. "A fraude de execução se distingue da fraude contra credores essencialmente pelo momento em que ocorre a alienação ou oneração do bem, após a pendência de ação fundada em direito real ou capaz de reduzi-lo à insolvência ou de agravar a insolvência preexistente".

bens sujeitos à penhora ou arresto. Eventual alienação ou oneração após a averbação seria considerada fraude à execução (CPC 1973, art. 615-A, § 3º).

A jurisprudência do STJ, ainda na vigência do CPC 1973, passou a condicionar o reconhecimento da fraude à execução ao registro da penhora do bem alienado ou da prova de má fé do terceiro adquirente, tendo editado o verbete nº 375 de sua súmula com este conteúdo.[28]

De fato, o STJ passou a exigir para a configuração da fraude à execução, requisitos não existentes no CPC 1973. Nas palavras de GUILHERME RIZZO AMARAL: "Tal entendimento acabou imiscuindo no instituto da fraude à execução requisito típico da fraude a credores, qual seja, a má-fé"[29].

O NCPC, de certa maneira, apesar de não reproduzir integralmente a jurisprudência do STJ, rompe com a tradição do CPC 1973, inovando na matéria. Contrariamente ao teor da súmula 375 do STJ, o novo Código não exige a configuração da má-fé, exigindo apenas, no caso de aquisição de bem não sujeito à registro, o ônus do terceiro de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem (NCPC, art. 792, § 2º).

Por outro lado, a averbação da constrição ou ação pendente passam a configurar requisito da fraude à execução (NCPC, art 792, incisos I, II e III)[30].

6.1. Contraditório na fraude à execução

Na vigência do CPC 1973, a doutrina criticava o déficit garantístico existente no procedimento da fraude à execução. A disciplina da matéria era escassa no aludido diploma, e na prática permitia-se ao adquirente a perda do bem sem que fosse assegurado o contraditório e a ampla defesa[31].

28. Súmula 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente. Este entendimento recebeu críticas de Marcelo Abelha Rodrigues. RODRIGUES. M. A. *O novo CPC...*, p. 171.

29. AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, comentários ao art. 792, ebook. GRECO, L. *O processo...*, v. II, "Na fraude à execução basta o elemento objetivo, o dano causado ao recebimento do crédito do exequente pela alienação ou oneração de bem sobre o qual deveriam incidir os atos executórios".

30. AMARAL, G. R. *Comentários...* art 792. "O atual CPC busca sistematizar o instituto da fraude à execução, fazendo-o de forma distinta da sistemática original do CPC revogado, e também, levemente distinta daquela consagrada na Súmula 375 do STJ. Se, de um lado, o registro ou averbação de constrição ou ação pendente passam a figurar como requisitos para a configuração da fraude à execução, de outro se elimina a má-fé do terceiro adquirente como tal, passando a falta de diligências do terceiro adquirente – na hipótese de ausência de registro ou averbação de ação ou constrição sobre o bem – a configurar fraude à execução".

31. GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33/34. "Com efeito, a garantia constitucional do devido processo legal, reconhecida no inciso LIV do art. 5º da Constituição não autoriza que o adquirente venha a sofrer a expropriação judicial de bem do seu patrimônio, sem que esse prejuízo patrimonial tenha decorrido de sentença em processo cognitivo em que lhe tenham decorrido de sentença em processo cognitivo em que lhe tenham sido assegurados

Por essa razão, LEONARDO GRECO sustentou a necessidade de ação direta destinada a declarar a ineficácia dos atos de disposição, sendo permitido ao adquirente o exercício do contraditório e da ampla defesa[32].

O NCPC, dentro da perspectiva de respeito às garantias processuais dos jurisdicionados, mas sem descuidar do direito à execução das decisões judiciais, estabeleceu a necessidade de o juiz intimar o terceiro adquirente antes de declarar a fraude à execução, para que este oponha embargos de terceiro, no prazo de quinze dias (NCPC, art. 792, § 3º).

O dispositivo evidencia a necessidade de o adquirente integrar o contraditório, em decorrência da sujeição do seu patrimônio aos atos executivos. Contudo, acreditamos que melhor teria sido se o legislador tivesse previsto um procedimento próprio, em observância ao devido processo legal. Na ausência deste procedimento, acredito que seria mais adequado a previsão de mera manifestação do executado, pois os embargos de terceiro são cabíveis independente da previsão do dispositivo, em decorrência de sua natureza de ação autônoma[33].

Além disso, ultrapassado o prazo de 15 dias não haverá preclusão quanto à oposição de embargos de terceiro, justamente em razão da natureza de ação autônoma[34].

7. IMPENHORABILIDADE DOS CRÉDITOS ORIUNDOS DE ALIENAÇÃO DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS, SOB REGIME DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, VINCULADAS À EXECUÇÃO DA OBRA.

O art. 833, inciso XII, inova em relação ao CPC revogado e prevê a impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculadas à execução da obra.

o contraditório e a ampla defesa (Constituição, art. 5º, inciso LV). (...) O processo de execução não é apropriado para assegurar ao alienante e ao adquirente as garantias do devido processo legal. Simplesmente ser ouvido de modo sumário e incidental, não basta. Sob pena de vulneração da Constituição, os bens alienados ou onerados em fraude de execução não poderão ser alcançados pelos atos executórios expropriatórios enquanto não transitar em julgado sentença em ação direta destinada a declarar a ineficácia de tais atos de disposição, proferida em processo de conhecimento em que ao alienante e ao adquirente tenha sido concretamente assegurada a mais ampla possibilidade de influir eficazmente nessa decisão, não apenas sendo ouvidos, mas requerendo, alegando e provando tudo aquilo que for pertinente para livrar o bem da incidência dos atos executórios".

32. GRECO, L. *O processo...*, V.II. p. 34.

33. SOUZA, Gelson Amaro. *O CPC 2015 – Procedimento na fraude à execução*. In: Coleção novo CPC. Doutrina selecionada. Execução. 2ª ed. DIDIER JR, Fredie. Et alii. (Org.) 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 146. "O mais importante, que seria um procedimento próprio, com todas as garantias processuais e constitucionais, este ainda não existe. A simples intimação na forma proposta no art. 892, § 4º, para o adquirente propor ação de embargos de terceiros, é algo estranho, até então não existente no nosso sistema. Intimar alguém para propor ação, parece ser o mesmo que andar na contramão da evolução processual".

34. SOUZA, G. A. *Op. cit.* p. 153.

De acordo com RODRIGO MAZZEI e SARAH MEÇON-VARGAS, a regra tem por objetivo "evitar que dívidas do incorporador possam consumir os recursos que seriam utilizados na realização da obra, em prejuízo dos adquirentes de unidades autônomas"[35].

8. PENHORA

A penhora, conforme definição de LEONARDO GRECO, é "o ato executório consistente na apreensão de bens do devedor suficientes para conservá-los durante todo o processo de execução, a fim de que sobre eles recaiam os subsequentes atos executórios, para com eles ou com o produto da sua transformação em dinheiro efetuar-se o pagamento do crédito do exequente"[36].

O novo código traz algumas alterações em relação à penhora de dinheiro em depósito em aplicação financeira e da penhora de cotas de ações em sociedades personificadas. Tais alterações serão abordadas adiante.

8.1. Penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira

O CPC 2015 previu expressamente que a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira não se deve dar ciência prévia do ato ao executado (CPC 2015, art. 854). O dispositivo inova em relação ao seu antecessor (CPC 1973, art. 655-A), que nada dispunha a respeito.

Tal previsão busca permitir a efetiva tutela do direito material do exequente, na medida em que no caso de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, é possível que o conhecimento pelo executado da iminente realização da penhora proporcione a retirada do numerário suficiente à satisfação da execução[37].

Em decorrência do elevado grau de interferência na esfera patrimonial do executado proporcionado pela penhora, o NCPC ressalta a responsabilidade

35. MAZZEI, Rodrigo. MEÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários ao art. 833 do NCPC.* In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.197

36. GRECO, L. *O processo...*,v. II, p. 305.

37. A opinião é compartilhada por Marcelo Abelha Rodrigues. RODRIGUES, M. A. *O novo CPC...* p. 201. "A penhora on-line de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira teve o seu regime modificado pelo NCPC 9Lei 13.105/2015). A nova regra comporta uma crítica e um elogio. A crítica porque cria uma nova impugnação extraordinária, uma mini impugnação, distinta dos eventuais embargos ou impugnação do executado. O elogio porque admite, dependendo da exegese que se dê, a apreensão de ativos do executado antes mesmo deste ser citado, fato que normalmente, por acontecer antes, acaba frustrando a penhora de dinheiro porque o devedor esvazia rapidamente sua conta bancária. Enfim, se adotada uma exegese de que a penhora (veja que o texto fala em indisponibilidade e que a penhora só acontece depois do contraditório previsto no art. 854, § 1º e art. 523, § 3º, do CPC/2015), toda a efetividade do dispositivo será desperdiçada, mantendo-se a penhora de dinheiro como um ato absolutamente inócuo, já que o devedor irá "limpar" sua conta no próprio prazo que teria para pagar".

do magistrado, estabelecendo o prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, para que o magistrado determine o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva (NCPC, art. 854, § 1°). Tal providência deverá ser determinada pelo juiz ainda que de ofício.

O novo Código determina que, rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo (art. 854, § 5°). A dispensa expressa da lavratura de termo de penhora já era amplamente admitida antes da nova codificação pela jurisprudência do STJ, sob o fundamento de que o próprio documento gerado pelo sistema Bacen-Jud é apto de levar ao conhecimento das partes todas as informações referentes ao ato de afetação patrimonial, atendendo os objetivos da formalização da penhora, consistentes basicamente em dar conhecimento ao executado de como, quando e onde se deu a constrição, nome do credor, descrição do valor bloqueado e da conta objeto de constrição[38].

Andou bem o legislador ao dispensar a lavratura do termo de penhora. Consistiria verdadeiro formalismo oco, exigir que além dos documentos gerados pelo sistema Bacen-Jud, a intimação da penhora fosse acompanhada de termo. Admitir previsão diversa daquela esposada pelo NCPC apenas traria maiores entraves para a marcha processual, em prejuízo do próprio executado, que se submeteria a prazo mais dilatado para tomar consciência do conteúdo do ato de constrição.

8.2. Da penhora das quotas ou das ações de sociedades personificadas

A disciplina da penhora das quotas ou ações de sociedades personificadas é uma relevante inovação do NCPC.

Evidentemente, o procedimento destina-se aquelas sociedades de pessoas ou de capital fechado que não tem suas ações negociadas em bolsa. No caso das companhias de capital aberto negociadas em bolsa de valores, as ações devem ser adjudicadas pelo exequente ou alienadas em bolsa de valores (NCPC, art. 861).

O STJ já admitia amplamente a penhora de quotas, sob o fundamento de consistir estímulo para que devedores ou terceiros buscassem alternativas para o pagamento do débito objeto da execução forçada, de modo a evitar a formação de condomínio[39].

Acreditamos que apesar do NCPC trazer a penhora sobre percentual de faturamento em posição topográfica posterior à penhora de ações e quotas de

38. Superior Tribunal de Justiça. Rel.: Luís Felipe Salomão. Quarta Turma. Recurso Especial 1220410/SP. Brasília, 9 de junho de 2015.

39. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Órgão julgador: quarta turma. Recurso especial nº. 522.820-SP. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. DJe, 05/03/2014.

sociedades, é necessário compatibilizar tais dispositivos com o art. 1.026 do CC, especialmente quando se tratar de sociedade de pessoas. Portanto, preferencialmente deve-se evitar a penhora de quotas, preferindo-se a penhora do faturamento.

Neste sentido é o Enunciado nº. 387 do CJF: "A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade, ou na parte que lhe tocar em dissolução, orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa".

Em razão da possibilidade da integralização de serviços nas sociedades simples, e da vedação legal ao exercício de atividade estranha à sociedade, deve-se destacar o conteúdo do Enunciado 389 do CJF, que quando se tratar de sócio de serviço, não poderá haver penhora das verbas descritas no art. 1.026, se de caráter alimentar.

Contudo, caso a penhora do faturamento não seja idônea à satisfação da execução, a penhora das quotas mostra-se adequada. Uma vez incidindo o ato de constrição sobre as quotas, estas poderão ser expropriadas por adjudicação pelo exequente ou alienação (CPC 2015, art. 825). Também poderão ser objeto de remição pelo executado (CPC 2015, art. 826). Neste caso ocorrerá a dissolução parcial ou total da sociedade, a depender do caso.

O adquirente das quotas societárias poderá requerer a liquidação da quota do devedor. Estabelece o art. 1.026, parágrafo único, do CC, que o valor deverá ser apurado na forma do art. 1.031 do CC, devendo ser depositado no juízo da execução, em até noventa dias após a liquidação.

No caso de dissolução parcial apenas em relação a um sócio, o valor da quota será liquidado com base no montante efetivamente realizado, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado (CC, art. 1.031, *caput).*

Tendo em vista a complexidade das deliberações societárias, o NCPC prevê um prazo dilatado de até três meses para que a sociedade apresente balanço especial (NCPC, art. 861, I); ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observando o direito de preferência legal ou contratual (NCPC, art. 861, II); não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado em dinheiro (NCPC, art. 861, III).

9. EMBARGOS DO EXECUTADO

Na hipótese de execução autônoma de título extrajudicial a defesa será apresentada pela ação de embargos do executado.

O NCPC mantém a dispensa da garantia do juízo, que já havia sido introduzida no CPC/1973 através da reforma empreendida pela Lei nº. 11.382/2006 (CPC 1973, art. 736 e CPC 2015, art. 914), atendendo aos reclames da doutrina, que criticava a rigidez e anacronismo das modalidades de defesa do executado[40].

Por outro lado, mantem-se a necessidade de garantir o juízo para a obtenção de efeito suspensivo (CPC 1973, art. 739-A, § 1° e CPC 2015, art. 919, § 1°).

Uma primeira alteração no regime dos embargos é a previsão da contagem do prazo para o oferecimento dos embargos pelo companheiro apenas a partir da juntada do último mandado de citação efetivamente cumprido, aplicando-se consequentemente a mesma regra prevista para os cônjuges (NCPC, art. 915, § 1°). Tal regra é mais consentânea com o status constitucional atribuído à união estável (Constituição, art. 926, § 3°).

A propósito, o regime geral de contagem de prazo nos embargos, quando executados litisconsortes que não sejam cônjuges ou conviventes, excepciona a regra geral do art. 231, § 1°, aplicável ao processo de conhecimento, que estabelece prazo comum para os réus contestarem a partir da juntada do último mandado cumprido. Nos embargos à execução a regra geral é a contagem dos prazos de forma individual e autônoma (NCPC, art. 915, § 1°).

Em decorrência da autonomia do prazo para embargos, o NCPC afastou a aplicação do art. 229, que prevê a o prazo em dobro para litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos (NCPC, art. 915, § 3°).

O art. 917, § 1° prevê que a incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da ciência do ato. O dispositivo contribui para atenuar o denominado "anacronismo dos embargos", permitindo a arguição desta relevante questão de ordem pública através de simples manifestação no processo, independentemente do oferecimento dos embargos. A norma incide em um âmbito que era fértil para a exceção de pré-executividade, na medida em que na maioria das vezes será motivada pela constatação do ato de constrição, antes mesmo da citação no processo executivo para a apresentação de embargos à execução.

40. GRECO, L. *O processo..., v. II*, p. 582/583. "Apesar da aparente racionalidade da concepção dos embargos como ação de conhecimento incidente ao processo de execução, para que neles se exerça o direito de defesa do devedor e toda a atividade cognitiva a respeito do direito material, do título executivo e da própria validade dos atos executórios, o Código de 73 os disciplinou com a mesma rigidez que teria uma defesa em processo de conhecimento, impregnado de preclusões e de outros formalismos (garantia prévia do juízo pela penhora ou pelo depósito, suspensividade, prazos rígidos para a sua propositura), que terminaram por transformá-lo em tormento para o credor e para o devedor: o primeiro, apesar de detentor do título executivo, vê a execução paralisar-se pelos embargos, em grande maioria meramente procrastinatórios, retardando indefinidamente a satisfação do seu crédito; o segundo, não podendo defender-se sem prévia penhora ou depósito, mesmo para alegar nulidades absolutas, a inexistência da dívida ou ineficácia do título, de que tem prova cabal, e sendo obrigado a aguardar os momentos próprios para interpô-los".

Por outro lado, deve ser considerada os efeitos dessa manifestação em relação ao fenômeno da preclusão consumativa. Arguidas as matérias presentes no art. 917, § 1° pelo executado, seria possível a este opor embargos trazendo a mesma matéria para ser reapreciada pelo juízo? Ao nosso ver não seria possível, pois plenamente operada a preclusão consumativa, não devendo o juiz apreciar novamente questões já decididas anteriormente, sob o risco de prejudicar a razoável duração do processo e a efetiva tutela do direito material. Afinal, conforme a advertência de MASANORI KAWANO, se um sistema de execução civil não for satisfatório, atendendo aos anseios dos credores exequentes, estes abandonarão a justiça estatal, procurando outros meios de satisfazerem os seus créditos[41].

10. PARCELAMENTO (NCPC, ART. 916)

A disciplina do parcelamento no NCPC aperfeiçoa a o regime outrora vigente no CPC de 1973 (CPC 1973, art. 745-A).

Como bem destaca RODRIGO MAZZEI, trata-se de instituto de natureza híbrida, ostentando facetas de direito processual e material, que traz pontual exceção ao princípio da indivisibilidade do pagamento[42].

O novo diploma estabelece requisitos objetivos para a concessão do benefício, que não são diversos daqueles previstos pelo revogado art. 745-A do CPC 1973, quais sejam, apresentação de requerimento escrito no prazo de embargos; o reconhecimento do crédito do exequente; depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado; formulação de proposta que não ultrapasse o pagamento restante em 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês (NCPC, art. 916, caput).

Dando concretude às diretrizes do novo Código (NCPC, arts. 1°, 6° e 7°) há previsão expressa de que o exequente será intimado para manifestar-se sobre o preenchimento dos pressupostos do *caput*, e o juiz decidirá o requerimento em 5 (cinco) dias (NCPC, art. 916, § 1°). Tal medida é salutar, e permite o exercício do contraditório, permitindo ao exequente a verificação do preenchimento dos requisitos pelo executado para a concessão do parcelamento.

Tendo em vista que preenchido os requisitos, o parcelamento apresenta-se como direito potestativo, mostra-se importante a participação do exequente no controle prévio de admissibilidade[43].

41. KAWANO, Masanori. *Civil enforcement as a fundamental of effective Justice – Introdutory remarks on comparative study of civil enforcement.* In: STÜNER, Rolf. KAWANO, Masanori. Comparative studies of enforcement and provisional measures. Berlin: Mohr Siebeck, 2011, p. 6/7.

42. MAZZEI, Rodrigo. Notas sobre a possibilidade de pagamento parcelado na execução extrajudicial. In.: Execução. 2ª ed. Org.: DIDIER JR., Fredie. MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 576.

43. NASSER, Paulo Magalhães. SANTOS, Welder Queiroz dos. *A postura ativa do devedor na execução e a necessidade de análise do risco envolvido.* In.: Execução civil e temas afins. Do CPC/1973 ao

Neste ponto, ressaltamos que caso não se admita a natureza de direito potestativo, como atualmente ocorre na jurisprudência majoritária do STJ, o parcelamento previsto pelo art. 916 seria equiparado a mera transação[44].

RODRIGO MAZZEI sustenta que o exequente poderá alegar em sua manifestação razões diversas do preenchimento dos requisitos do art. 916, tais como abuso de direito e elementos que indiquem que há risco concreto de que o executado não irá honrar o parcelamento[45].

O NCPC manteve a norma que prevê a renúncia ao direito de opor embargos, no caso de opção pelo parcelamento (NCPC, art. 916, § 6°). Nesta seara, concordamos com PAULO MAGALHÃES NASSER e WELDER QUEIROZ DOS SANTOS, no sentido de que não faria sentido permitir ao exequente diferir a satisfação da execução no tempo, e ao mesmo tempo submeter o exequente ao ônus de discutir o restante dos débitos na ação de embargos à execução[46].

O NCPC também prevê que, enquanto não apreciado o requerimento de parcelamento, o executado deverá seguir depositando as parcelas vincendas, sendo permitido ao exequente o levantamento dos depósitos (NCPC, art. 916, § 2°). O não pagamento de qualquer das prestações implicará o prosseguimento da execução quanto ao valor integral acrescido de multa de dez por centro sobre as parcelas não satisfeitas (NCPC, art. 916, § 5°).

A disciplina da matéria no NCPC resolve a antiga cizânia doutrinária quanto à sua aplicação ou não ao cumprimento de sentença, na medida em que há dispositivo expresso vedando-a na efetivação de títulos executivos judiciais (NCPC, art. 916, § 7°). A posição adotada pelo legislador é contrária àquela pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que admitia a aplicação do parcelamento ao cumprimento de sentença.[47]

Novo CPC. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. ALVIM, Arruda et alii (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 857. MAZZEI, R. *Op. cit.* P. 577. "Com efeito, o art. 916 é uma opção que pode ou não ser exercida (direito potestativo) pelo executado, por meio de ato volitivo, em processo judicial (execução de títulos extrajudiciais) e vinculado ao preenchimento de requisitos formais (descrito no caput do dispositivo)".

44. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. AgRg no REsp 157715-5/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 de abril de 2016.

45. MAZZEI, R. *Op. cit.* P. 579.

46. NASSER, P. M. SANTOS, W. Q. *Op. cit.* p. 858. "O fato de igualmente ser útil e proveitoso ao devedor não implica dizer que o parcelamento foi para ele desenvolvido. Muito ao revés, apresenta-se o parcelamento como instituto voltado a facilitar o pagamento do credor, em prol dele, o credor, para quem e por quem ocorre a execução". A posição também é seguida por Rodrigo Barioni. "É preciso lembrar, porém, que o CPC de 2015 exige a prática de posturas congruentes com a boa-fé objetiva (art. 5º). O reconhecimento da obrigação, quando da apresentação da proposta de parcelamento, faz com que, em relação ao mérito, seja inviável apresentar impugnação, sob pena de caracterizar *venire contra factum proprium*. Daí o acerto da versão final do CPC de 2015, em registrar que o pedido de parcelamento importa renúncia ao direito de apresentar embargos à execução". BARIONI, Rodrigo. *O parcelamento do crédito do exequente no novo CPC.* Revista de Processo. Nº. 244, 2015, p. 162

47. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. AgRg no REsp 157715-5/SP. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 de abril de 2016.

Com a devida vênia ao Superior Tribunal de Justiça, a opção do legislador mostra-se mais adequada. Apesar da disposição que estabelece a aplicação subsidiária das normas do processo de execução de título extrajudicial ao cumprimento de sentença (NCPC, art. 513), não se mostra razoável conceder um prazo mais dilatado para o pagamento pelo executado que submeteu o exequente aos percalços da propositura da demanda de conhecimento.

Uma questão que deve ser enfrentada é quanto à aplicação da moratória à execução de alimentos, matéria que se mostra controvertida em alguns tribunais. Atualmente, com a vedação expressa do NCPC, não existindo nenhuma previsão que restrinja sua aplicação em relação à execução expropriatória de alimentos pelo rito comum dos títulos executivos extrajudiciais, é forçoso reconhecer a sua aplicação, como já admitia o STJ na vigência do CPC 1973[48].

Em relação à execução especial do art. 911 do NCPC (correspondente ao antigo art. 733 do CPC 1973), que prevê a prisão como meio coercitivo caso o devedor não pague em 3 (três) dias as parcelas anteriores ao início da execução e das que se venceram no seu curso, ou provar e justificar a impossibilidade de fazê-lo, acredito não ser possível a aplicação do parcelamento, não obstante a inexistência de qualquer vedação pelo art. 916, § 7° do CPC 2015. Isso porque a execução pelo rito especial da prisão civil ocorre apenas em relação aos alimentos essenciais à manutenção do alimentado, e por essa razão apenas comporta a execução das três últimas parcelas e daquelas outras que se vencerem no curso do processo (art. 528, § 7° do CPC 2015). Admitir o parcelamento nesse caso seria desnaturar completamente a execução de título extrajudicial pelo rito da prisão civil.

Também não é possível admitir-se o parcelamento em sede de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública fundada em título executivo extrajudicial, na medida em que as regras do parcelamento atentariam contra o regime de direito público estabelecido pela Constituição (Constituição, art. 100 e ADCT, art. 97). A satisfação das execuções contra a Fazenda Pública poderá ocorrer apenas de duas maneiras: requisições de pequeno valor e precatórios. Eventual pagamento pelos entes públicos em inobservância da ordem cronológica de pagamento, ou das ordens preferenciais instituídas pela Emenda Constitucional nº. 62, ensejariam o sequestro dos valores necessários à satisfação dos exequentes preteridos[49].

11. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Manual da execução.* 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

48. Superior Tribunal de Justiça. Terceira turma. REsp 1194020/SP. Relator: João Otávio de Noronha. Brasília, 7 de agosto de 2014.

49. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Sequestro de verbas públicas após as decisões do STF nas ações*

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, ebook.

BARIONI, Rodrigo. *O parcelamento do crédito do exequente no novo CPC.* Revista de Processo. N°. 244, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Direito processual.* v. III. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* v. II. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no novo CPC: primeiras observações.* In: Coleção novo CPC. Doutrina selecionada. Execução. DIDIER JR, Fredie. Et alii. (Org.) 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

______________. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.* Curitiba: Juruá, 2014.

______________. *A paridade de armas como projeção do princípio da igualdade no processo civil.* Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos, v. 3, p. 1-28, 2007.

CIMARDI, Claudia. *Execução contra a Fazenda Pública após a EC 30/2000.* In: SANTOS, Ernane Fidélis dos. WAMBIER, Luiz Rodrigues. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Execução civil. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior.* São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 336/348, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo.* 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05.*In: Revista Dialética de Direito Processual,* São Paulo.

______________. *O processo de execução.* v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUINCHARD, Serge *et al. Droit processuel- droit fundamentaux du procès.* 6ª ed. Paris: Dalloz, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Estado Democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado: a questão dos precatórios. *In:* Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 5. 19, p. 172, julho/setembro 2007.

KAWANO, Masanori. *Civil enforcement as a fundamental of effective Justice – Introdutory remarks on comparative study of civil enforcement.* In: STÜNER, Rolf. KAWANO, Masanori. Comparative studies of enforcement and provisional mesures. Berlin: Mohr Siebeck, 2011.

LÓPEZ GIL, Milagros. *Avances em la ejecución de Sentencias contra la Administración.* Navarra: Arazandi, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. MEÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários ao art. 833 do NCPC.* In: Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2ª ed. CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MAZZEI, Rodrigo. Notas sobre a possibilidade de pagamento parcelado na execução extrajudicial. In.: Execução. 2ª ed. Org.: DIDIER JR., Fredie. MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016.

NASSER, Paulo Magalhães. SANTOS, Welder Queiroz dos. *A postura ativa do devedor na execução e a necessidade de análise do risco envolvido.* In.: Execução civil e temas

afins. Do CPC/1973 ao Novo CPC. Estudos em homenagem ao professor Araken de Assis. ALVIM, Arruda et alii (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

YARSHELL, Flávio Luiz. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Execução civil. Novos perfis**. São Paulo: RCS, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva. (parte 2 – continuação). In.: Revista de Processo, São Paulo, nº. 345, 2014.

SOUZA, Gelson Amaro. *O CPC 2015 – Procedimento na fraude à execução*. In: Coleção novo CPC. Doutrina selecionada. Execução. 2ª ed. DIDIER JR, Fredie. Et alii. (Org.) 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução de Wambier, Teresa Celina de Arruda Alvim. Revista de Processo. São Paulo, ano 15, nº. 59, p. 73, julho-setembro de 1990.

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA POR QUANTIA CERTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diego Martinez Fervenza Cantoario

1. INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional executiva é relevantíssima para a tutela do direito material. É justamente através dela que são exercidos os atos que concretizarão o conteúdo do título executivo.

Na feliz síntese de CARRERAS LLANSANA, a tutela jurisdicional executiva atua sobre "a carne viva dos direitos subjetivos materiais dos indivíduos"[1].

O Código de Processo Civil de 2015 deu continuidade às tentativas de aprimoramento do sistema. Podem ser incluídas neste movimento a tentativa de superação dos meios de coerção/expropriação, como fica expresso pelo art. 139, IV do CPC, e pela previsão do protesto de decisões judiciais, em nítido benefício do direito de execução das decisões judiciais. Além disso, manteve-se a dicotomia entre processo de execução e cumprimento de sentença, já existente no Código de Processo Civil de 1973, que teve sua estrutura fundamental alterada pelas Leis nº. 10.444, 11.232 e 11.384.

Abordaremos neste breve estudo as questões que pelo nosso ponto de vista mostram-se mais relevantes em relação ao cumprimento de sentença das obrigações de pagar quantia certa.

1. CARRERAS LLANSANA, J. El embargo de Bienes. Barcelona, 1957, p. 5/6. Apud LÓPES GIL. Milagros. Avances en la ejecución de Sentencias contra la Administración. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 28.

2. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO EXTRAJUDICIAL DE QUALQUER NATUREZA E ACORDO CELEBRADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA (CPC, ART. 784, IV)

O Código de Processo Civil prevê como título executivo a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III). O dispositivo não traz em si maiores dificuldades exegéticas, e reproduz de certa maneira o art. 475-N, III do CPC 1973.

Contudo, pode colocar-se a questão de determinar se haveria interesse de agir do detentor de título executivo extrajudicial lastreado no art. 784, IV do CPC de promover a sua homologação judicial.

Acreditamos que subsiste interesse de agir à parte que deseja promover a homologação judicial de instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador credenciado por tribunal. Em primeiro lugar, temos que as modalidades de defesa do executado são muito mais amplas na execução de título executivo extrajudicial do que no cumprimento de sentença. Afinal, a cognição nos embargos do executado alcança "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento" (CPC, art. 917, VI). Portanto, é muito mais fácil ao executado obter uma sentença de procedência, com a consequente extinção da execução, em sede de embargos do executado do que no cumprimento de sentença.

Segundo, a execução de título extrajudicial ainda permite ao executado valer-se do parcelamento do crédito do exequente em até 6 (seis) parcelas mensais (CPC, art. 916), o que sem dúvida torna a execução mais onerosa ao detentor do título executivo.

Portanto, não há dúvidas de que para o exequente é muito mais vantajosa a formação de um título executivo judicial do que extrajudicial, ficando evidente o seu interesse de agir.

Outra questão que pode ser colocada quanto ao dispositivo é a exigência imposta por muitos órgãos jurisdicionais de condicionar a homologação do acordo em juízo ao reconhecimento da assinatura das partes.

Tais decisões são equivocadas por inúmeros motivos. Em primeiro lugar, no tocante ao instrumento de transação celebrado por Defensor Público, a Lei não traz o requisito do reconhecimento de firma para que ostente a validade de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV). Ora, se desnecessária qualquer providência para a parte promover a execução do título executivo extrajudicial, não faria sentido promover o reconhecimento pelo tabelião da assinatura do devedor constante no instrumento de transação.

Além disso, o acordo celebrado pelo Defensor Público deve ser compreendido à luz do regime jurídico de Direito Público. A partir dessa premissa, é forçoso reconhecer que se trata de verdadeiro ato administrativo, dotado de

presunção de legitimidade atribuível aos atos administrativos em geral. Em decorrência dessa característica, seria inconcebível não se presumir de que o ato não se encontra em conformidade com o direito, e de que as informações constantes no instrumento de transação não correspondem à realidade[2].

Como bem atenta CÁSSIO SCARPINELA BUENO, ao tratar da matéria sob o CPC 1973, eventuais questionamentos quanto à autenticidade da assinatura devem ser debatidas em sede da defesa do executado[3].

3. PROTESTO DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO (CPC, ART. 517)

O NCPC, diferente do CPC/1973, trouxe expressamente a possibilidade de protesto da decisão transitada em julgado em seu art. 517. Tal disposição é aplicável a toda sistemática do cumprimento de sentença, ou seja, tanto em relação às obrigações de pagar quantia quanto às de fazer e não fazer.

A medida encontra-se em conformidade com o direito à execução das decisões judiciais, dando concretude ao pressuposto da adequação dos meios executivos[4].

Conforme já sustentamos anteriormente, além dos requisitos tradicionalmente defendidos pela doutrina[5], deve-se acrescentar ao direito à execução das decisões judiciais a adequação dos meios executivos, bem como a igualdade na previsão abstrata dos meios executivos[6].

A adequação dos meios executivos significa que o órgão jurisdicional deve tomar todas as providências necessárias à execução do julgado, ocorrendo violação do direito à tutela jurisdicional efetiva no caso de não adoção de todas as medidas possíveis.

2. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116. "Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside a circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger".
3. BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.
4. Conforme sustentamos em recente obra. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. O direito à execução das decisões judiciais após a Emenda Constitucional nº. 62. Curitiba: Juruá, 2014, p. 56.
5. Refiro-me especialmente à obra de Milagros Lópes Gil, que estabelece os seguintes elementos do direito à execução das decisões judiciais: la potestad jurisdiccional; a firmeza de las resoluciones; la intangibilidad de las resoluciones; la ejecución en sus proprios términos; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. LÓPEZ GIL, Milagros. Avances en la ejecución de sentencias contra la Administración. Navarra: Aranzadi, 2004, p.32/45.
6. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016, p.43/59.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos reconhece que a não execução de uma decisão judicial, como por exemplo, em razão da insuficiência de meios executivos, viola também o direito de propriedade, na medida em que uma decisão condenatória integra a esfera jurídica patrimonial do credor[7].

MARCELO LIMA GUERRA sustenta que a exigência de meios executivos adequados, para a efetiva execução das decisões judiciais, implica os seguintes poderes-deveres ao juiz: interpretar as normas referentes aos meios executivos de maneira a conferir-lhes maior efetividade; deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição não for justificável; adotar os meios executivos necessários à efetiva tutela do direito material, mesmo que sem previsão legal, ou até mesmo *contra legem*[8].

Para LUIZ GUILHERME MARINONI, a necessidade de um sistema completo de tutela executiva, exige que o ordenamento jurídico coloque à disposição do magistrado meios sub-rogatórios, que permitam a realização do direito material, conforme reconhecido no título executivo. Além disso, seria necessário que se possibilitasse ao órgão jurisdicional a utilização de meios coercitivos eficazes, sempre que esta modalidade de execução for a mais eficiente e apta à satisfação do direito do credor[9].

Acreditamos que a previsão expressa no NCPC do protesto da decisão é de grande valia para o aperfeiçoamento da técnica executiva. A medida já era adotada em inúmeros Tribunais brasileiros[10], e acolhida por boa parte da jurisprudência, mas a partir de agora a atuação do magistrado estará respaldada pela legalidade estrita.

Esse meio coercitivo não se aplica apenas ao cumprimento de sentença. O fato do art. 517 do NCPC referir-se à "decisão judicial transitada em julgado", poderia levar a uma conclusão precipitada de que apenas títulos executivos judiciais, sujeitos ao cumprimento de sentença, poderiam valer-se deste meio coercitivo.

Tal interpretação não sobrevive a uma interpretação sistemática do texto do NCPC. Caso fosse adotada a posição que não admite o protesto do título

7. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Relator: E. Fribergh. Primeira seção. Burdov contra Rússia. Petição 59498/00. Estrasburgo, 7 de maio de 2002. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Relator: M. de Sálvia. Itridis contra Grécia. Petição 31107/96. Estrasburgo, 27 de março de 1999.

8. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102/105.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória (individual e coletiva). 4ª ED. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 14.

10. O Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Foro extrajudicial – estabelece em seu artigo 847 que "as certidões de crédito judicial, decorrentes de sentenças condenatórias transitadas em julgado, líquidas, certas e exigíveis, e as certidões de dívida ativa expedidas pelas Secretarias das Fazendas Públicas Federais, Estadual e Municipais são títulos de dívida que poderão ser levados a protesto, opção que caberá ao credor do título".

extrajudicial, seria possível a realização de uma execução fundada em título executivo extrajudicial referente a obrigação alimentar sem que fosse possível o protesto da dívida, mas admitindo-se a prisão civil do executado.

Fica evidente que o direito à execução das decisões judiciais implica na necessidade, como bem afirmado por MARCELO LIMA GUERRA, de interpretar-se os meios executivos em conformidade com a sua máxima efetividade[11]. Além disso, no caso do devedor de alimentos, a medida é menos onerosa ao devedor, sendo perfeitamente possível sua adoção.

Além disso, deve-se relembrar que o ordenamento jurídico brasileiro expressamente admite o protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA). Mesmo antes da alteração promovida pela Lei nº. 12.767 de 2012, que alterou o parágrafo único a jurisprudência já admitia o protesto da CDA.

Por outro lado, o tratamento dado pelo NCPC ao protesto, evidencia que o direito à execução das decisões judiciais tem relativizado a dicotomia entre os meios executórios aplicáveis às obrigações de fazer e de pagar quantia. Isso porque, em nossa opinião, o protesto é medida tipicamente coercitiva, vocacionado a vencer uma vontade recalcitrante, e que poderia muito bem ser aplicada com fundamento no art. 536, § 1º do NCPC. No momento em que o legislador admite a aplicação de meios coercitivos às obrigações de pagar quantia, o que não é novidade no direito brasileiro, bastando fazer menção à disciplina da multa sancionatória das obrigações de pagar quantia[12] e à ameaça de prisão civil do devedor de alimentos, temos que há tempos admite-se essa aplicação, em benefício da efetividade da tutela jurisdicional executiva[13].

Contudo, no caso do título executivo extrajudicial são necessárias algumas observações. A primeira é de que o protesto não observará o prazo para pa-

11. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102/105.

12. Já afirmei, em estudo anterior, que a multa do art. 475-J do CPC/1973, reproduzida no art. 523, § 1º do NCPC, preponderantemente sancionatória, e não coercitiva. Neste sentido, não se pode negar de apesar de não ser o caráter preponderante, a multa do art. 475-J também ostenta caráter coercitivo. CANTOARIO, D. M . F. *Execução...*, p. 136. Ver também FRANCO, Fernão Borba. A multa na execução definitiva e provisória. In: CIANCI, Mirna. QUARTIERI, Rita (Coord.). Temas atuais da execução civil. Estudos em homenagem a Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 226/230.

13. Sobre o tema, nos manifestamos em recente estudo: "A vantagem na utilização de meios coercitivos nas obrigações de pagar quantia reside na maior celeridade na tutela do direito material do credor. É verdade que muitas vezes o executado pode quedar-se inerte, sendo beneficiado pelos critérios de correção monetária e de juros aplicáveis aos processos judiciais, normalmente inferiores aos de mercado, a fixação de medidas de apoio, como a multa, pode ser um grande incentivador do cumprimento das decisões judiciais que determinam o pagamento de quantia certa. CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. O direito à execução das decisões judiciais após a Emenda Constitucional nº. 62. Curitiba: Juruá, 2010, p. 58.* Ver também o Enunciado nº. 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(art. 130, IV; art. 537; art. 550; art. 787) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 499, § 1º, I e II".

gamento voluntário previsto no art. 523 do NCPC (15 dias), mas sim aquele estipulado no título executivo, que poderá ser superior ou inferior a esse prazo. Já na hipótese de protesto de sentença, deve-se observar esse prazo.

Quando se tratar de protesto de sentença, o tabelião de protesto deve verificar se a sentença é líquida e se há certidão de trânsito em julgado[14].

4. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DA SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA

O cumprimento provisório de sentença traz algumas inovações em relação ao regime do CPC 1973.

Em regra, a competência para processar o cumprimento provisório de sentença será do juízo que proferiu a sentença. Trata-se de hipótese de competência funcional. Contudo, visualizamos ao menos uma hipótese em que o cumprimento provisório da sentença poderá dar-se perante órgão jurisdicional diverso, que corresponde justamente à cobrança do crédito alimentar. Nessa situação, por expressa disposição legal, será possível ao exequente promover o cumprimento de sentença no juízo de seu domicílio (art. 528, § 8°). A propósito, acreditamos que o próprio cumprimento provisório decorrente da concessão de tutela de urgência ou de alimentos provisórios (Lei n°. 5.478, art. 4°), poderá ser efetivada no domicílio do exequente, quando diverso do juízo que proferiu a decisão, pois o art. 528, § 8° também engloba o cumprimento das decisões interlocutórias que condenam ao pagamento de prestação alimentícia, que de acordo com a sistemática do Código deverão ser efetivadas pelo procedimento do cumprimento provisório (CPC, art. 297, parágrafo único).

Em relação a multa de 10% e os honorários de advogado, o CPC 2015 também previu que haverá a incidência na fase de cumprimento de sentença. A questão era controvertida na codificação anterior, mas encontrou expressa guarida na nova codificação (CPC, art. 520, § 2°).

Foi acertada a decisão do legislador, que veio em benefício do direito à execução das decisões judiciais. Como bem já atentava ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, ao sustentar a incidência da multa de 10% no regime anterior, seria plenamente possível ao exequente exigir a multa, mas caso a eventual apelação interposta fosse provida, ficaria sem efeito a própria execução, e deveria ser realizada a reparação dos prejuízos decorrentes da execução[15].

Também afasta-se expressamente que o depósito do valor realizado no prazo determinado pelo juiz seja considerado incompatível com recurso eventualmente interposto (CPC, art. 518, § 3°). Essa previsão busca contornar eventual configuração da desistência tácita do recurso, caso o executado realize o pagamento.

Inovação relevante é aquela que estabeleceu nova hipótese de dispensa de caução. Assim, não é mais necessário prestar caução quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (CPC, art. 521, IV).

De qualquer modo, a caução também poderá ser dispensada quando resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 521, parágrafo único).

5. CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA POR QUANTIA CERTA

A estrutura do cumprimento de sentença repete a sistemática já existente no Código de Processo Civil de 1973 após a reforma empreendida pela Lei n°. 11.232 de 2005.

Assim, terá início essa fase processual após o requerimento do exequente, sendo o executado intimado para cumprir a sentença. A regra geral, seguindo a sistemática do Código anterior após a reforma da Lei n°. 11.232, é de que a intimação será realizada na pessoa do advogado, através do Diário da Justiça (CPC, art. 513, § 2°, I). A redação do dispositivo legal consolida a posição que prevaleceu sob a égide da legislação anterior.

O Código de Processo Civil avança enormemente ao prever que no caso de executado representado pela Defensoria Pública, deverá ser realizada a intimação por carta com aviso de recebimento (CPC, art. 513, § 2°, II).

A medida é salutar por diversas razões. Em primeiro lugar, tendo em vista que a natureza do vínculo existente entre o Defensor Público e o assistido pela instituição é de Direito Público, e não de Direito Privado, não incidem as regras do mandato. Além disso, as Defensorias Públicas possuem autonomia administrativa (art. 134 da Constituição), e a intimação do órgão que atuou no processo anterior pode causar prejuízo ao próprio executado na medida em que em decorrência da organização interna do órgão, dificilmente o mesmo Defensor Público continuará atuando na demanda. Por fim, tendo em vista a má estrutura das Defensorias Públicas de todo o país, trata-se de norma vocacionada à assegurar a paridade de armas entre os litigantes.

O dispositivo legal também supera o entendimento vigente sob a égide do CPC 1973, que tinha se consolidado no sentido de que a intimação deveria ser

14. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 797.

15. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Cível e procedimentos executivos.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 77.

feita na pessoa do Defensor Público[16]. Essa posição, que encontrou guarida na jurisprudência dos tribunais superiores, violava frontalmente a paridade de armas na tutela jurisdicional executiva (REsp 1.032.436-SP)[17].

Também será intimado pessoalmente por carta com aviso de recebimento o executado que não tiver procurador constituído nos autos (CPC, art. 513, § 2°, II, in fine), ressalvada a hipótese em que tiver sido revel no processo de conhecimento, quando será citado por edital (CPC, art. 513, § 2°, II e IV).

Cabe aqui ressaltar que apenas nestas hipóteses a Defensoria Pública exercerá sua função institucional de curadora especial no processo de execução (CPC, art. 72, II). Mostra-se incompatível com o regime do CPC/2015 eventual designação de Defensor Público para atuar como curador especial em hipóteses diversas do dispositivo.

A intimação das empresas públicas e privadas, salvo as microempresas e empresas de pequeno porque, também excepcionam a regra geral de intimação via Diário da Justiça, quando não tiverem procurador constituído nos autos (CPC, art. 513, § 2°, III).

Importante observar que nas hipóteses em que a intimação for feita ao assistido pela Defensoria Pública, ao executado que não tiver procurador constituído nos autos, bem como empresas públicas e privadas, será considerada realizada a intimação quando o devedor houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo (CPC, art. 513, § 3°). Tal dispositivo ressalta o dever de cooperação previsto no Código de Processo Civil.

Intimado a pagar o débito, o executado terá 15 (quinze) dias para a satisfação da execução (CPC, art. 523, caput).

Acreditamos, seguindo posição jurisprudencial do STJ ao apreciar a matéria sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, que se deve reconhecer a aplicação da prerrogativa do prazo em dobro para o cumprimento da decisão às Defensorias Públicas (CPC, art. 186). Como bem salientou o Ministro Marco Buzzi ao relatar o REsp 1261856, a intimação para o cumprimento de sentença é um ato complexo, pois impõe-se ônus não apenas à parte, mas também ao Defensor Público[18].

16. BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 208. "Mesmo nas hipóteses em que a parte é representada por defensor público, não há como excepcionar o entendimento à facta de regra expressa. A prerrogativa do defensor público é que ele seja intimado pessoalmente dos atos processuais (assim, no que interessa à exposição, do prazo para pagamento; v. n. 5.1. Do capítulo 4 da parte II do vol. 1), mas é ele, defensor público, que deverá entrar em contato com o devedor advertindo-o das consequências da sua inércia. A inexistência de uma relação contratual subjacente ao exercício do múnus da Defensoria Pública na hipótese, mas, bem diferentemente, de uma relação institucional não é, por si só, fator que legitime conclusão oposta".

17. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relatora 1032436/SP. Min. Nancy Andrighi. DJe 15/8/2011.

18. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Relator Min. Marco Buzzi. REsp 126156. DJe 22/11/2016.

O precedente do STJ foi construído levando em consideração a normativa existente no Código de Processo Civil de 1973, onde de acordo com a posição que prevaleceu no STJ, a intimação para o cumprimento de sentença no prazo de 15 dias seria realizada na pessoa do próprio órgão de execução da Defensoria Pública (REsp 1.032.436-SP)[19]. Se na vigência do CPC 1973 já se poderia admitir a contagem em dobro do prazo, com maior razão deve-se permitir a contagem em dobro no CPC 2015, pois a intimação não é mais realizada na pessoa do Defensor Público, mas sim pessoalmente ao assistido pela instituição. Fica evidente que se trata de prazo em benefício do assistido, garantindo o acesso à justiça

Caso não satisfeita a execução, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento (CPC, art. 523, § 1°). O dispositivo consagra de vez a incidência de honorários na fase de cumprimento de sentença, que já era admitida pelo verbete 517 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Essa também era a posição da doutrina predominante, conforme bem assinala ATHOS GUSMÃO CARNEIRO: "A orientação é igualmente no sentido do cabimento dos honorários de advogado, conforme jurisprudência e doutrina dominantes e, ainda que não oposta impugnação, também para a etapa processual do cumprimento de sentença, assim compreendidas as atividades processuais que terão início após esgotado in albis o prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário do comando judicial; e isso independente, claro está, dos honorários já fixados concernentes à fase de conhecimento encerrada pela sentença condenatória"[20].

Caso a execução não seja satisfeita, será expedida desde logo, mandado de penhora e avaliação, ocorrendo os atos de expropriação (CPC, art. 523, § 3°).

O requerimento do credor deve ser instruído com a memória de cálculo, que será dispensada no caso de assistência jurídica gratuita (CPC, art. 524, *caput*), por força do art. 98, VII do CPC.

Deve-se ressaltar que o Código traz o dever ao juiz de realizar uma análise prévia quanto à plausibilidade dos valores apresentados pelo exequente. Se o valor aparentemente exceder os limites da condenação, a execução será iniciada pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base a importância que o juiz entender adequada (CPC, art. 524, § 1°) .

6. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

A execução de alimentos sofreu inúmeras alterações no regime do CPC 2015.

19. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. REsp 1032436/SP. DJe 15/8/2011.

20. CARNEIRO, A. G. *Op. cit.* P. 87/88.

A primeira é de cunho procedimental. Na vigência do CPC de 1973 debatia-se quanto à subsistência da execução de alimentos como processo autônomo, seja em relação ao rito da prisão civil (CPC 1973, art. 733), seja pelo próprio rito da expropriação (CPC 1973, art. 732)[21].

O regime atual confere maior racionalidade à tutela jurisdicional executiva dos alimentos, acabando com a possibilidade de qualquer execução de título judicial de alimentos não se subordinar às regras do cumprimento de sentença.

De modo geral, a disciplina da matéria estabelece normas derrogadoras do regime jurídico geral do cumprimento de sentença, pois considera-se a natureza do crédito alimentar, que ostenta natureza excepcional, merecedora de tutela diferenciada.

Em relação ao cumprimento provisório de sentença, dispensa-se expressamente a necessidade de caução (CPC, art. 521, I), o que se aplica às decisões que fixam os alimentos em sede de tutela provisória de urgência ou de alimentos provisórios (CPC, art. 297, parágrafo único).

No âmbito da competência, conforme já afirmamos, é possível ao exequente optar por realizar o cumprimento de sentença perante o órgão jurisdicional de seu domicílio, ainda que o processo de conhecimento tenha tramitado em juízo diverso (CPC, art. 528, § 9°). Essa já era a posição prevalecente no Superior Tribunal de Justiça antes mesmo da expressa previsão legal[22]. Tal dispositivo também se aplica ao cumprimento provisório de decisão interlocutória que estabelece alimentos provisórios ou em sede de tutela provisória de urgência.

Matéria que tem sido mal compreendida entre os operadores do direito é o disposto no art. 531, § 2°, que prevê que o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tiver sido proferida a sentença. Isso porque apenas será processado nos mesmos autos caso todos os créditos vencidos sejam cobrados pelo mesmo rito. Neste sentido, tendo em vista que a execução poderá corresponder a procedimentos distintos, não é possível simultaneamente nos mesmos autos que o cumprimento de sentença se desenvolva simultaneamente pelo rito que prevê a prisão como meio de coerção (CPC, art. 528) e pelo rito da expropriação, que é o rito ordinário do cumprimento de sentença, conforme autorizado pelo § 9° do art. 528. A razão para tal é evitar tumulto processual, pois os dois procedimentos preveem momentos diferentes para a apresentação da defesa, bem como matérias diferentes que poderão ser alegadas. Não é por outro motivo que o CPC expressamente veda a cumulação de pedidos que se subordinam a procedimentos distintos (CPC, art. 327, § 1°, III).

21. O problema gerado pela reforma da Lei nº. 11.232 foi bem abordado em artigo de Fernanda Tartuce e Luiz Dellore. "Todavia, a Lei 11.232 deixou de promover alteração no art. 733 do CPC, como já comentado, assim como no art. 732 (execução sob pena de penhora, cuja remissão se dá para o artigo que trata da execução de título extrajudicial). Em outras palavras, o art. 732 do CPC afirma que a execução de alimentos, se não seguir o trâmite previsto no art. 733 (pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade, em três dias), seguirá o trâmite da execução de quantia certa (CPC, art. 646 e ss.)". TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. *Execução de alimentos: do CPC/73 ao Novo CPC.* in MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Execução.* V. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 477.

22. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Relatora Min. Nancy Andrighi. CC 118.340/MS. DJe 19/09/2013.

7. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

A atual configuração da impugnação ao cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia foi delineada pelas reformas empreendidas pela Lei n°. 11.232 de 2005 no corpo do Código de Processo Civil de 1973.

Antes do advento da Lei n°. 11.232 de 2005 a regra era o processo de execução autônomo, sendo excepcional o seu desenvolvimento no mesmo processo, como ocorria nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (CPC 1973, art. 461 e seguintes).

Com a reforma realizada no Código de Processo Civil, a defesa do executado passou a ser realizada por meio de impugnação ao cumprimento de sentença (CPC 1973, art. 475-L), e não por embargos do devedor. A alteração, de acordo com a doutrina majoritária, não foi meramente terminológica, mas alterou a natureza da defesa do executado, que deixou de ser uma ação incidental para transforma-se em um incidente incapaz de instaurar nova relação jurídica[23].

Contudo, no regime anterior, o disposto no art. 475-J, § 1°, evitou qualquer avanço em relação ao ponto mais sensível da defesa do executado no cumprimento de sentença: a necessidade de garantia do juízo. Isso porque o dispositivo dispunha que o executado seria intimado do auto de penhora e avaliação na pessoa de seu advogado, podendo oferecer impugnação no prazo de 15 (quinze dias). Em decorrência desta norma, a doutrina e jurisprudência entendiam que seria imprescindível ao executado garantir o juízo para alegar qualquer matéria em sede de impugnação[24].

O equívoco dessa solução, que ainda hoje alcança os executivos fiscais, chegou a ser reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar matéria referente à exigência de garantia no âmbito da Lei n°. 6.830 de 1980 decidiu que "a insuficiência patrimonial do devedor inequívoca e devidamente comprovada é justificativa plausível à apreciação dos embargos à execução sem que o executado proceda ao reforço da penhora"[25].

Para LEONARDO GRECO, ao abordar o regime do Código de Processo Civil de 1973, a exigência da garantia do juízo criava "injustificável obstáculo

23. CARNEIRO, A. G. *Op. cit.* P. 57.

24. Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Agravo Regimental no Recurso Especial 1283941/SC. DJe, 01/02/2016.

25. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1127815/SP. Primeira Seção, relator Luiz Fux. Julgado em 24.11.2010. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1440639/PR. Segunda Turma. Relator Mauro Campbell Marques. DJe 10/06/2015.

ao acesso à justiça pelo devedor, que não pode se defender, nem mesmo para alegar nulidade absoluta ou o pagamento da dívida, sem o pesado ônus da imobilização de parte do seu patrimônio, através da penhora ou do depósito"[26].

Se o regime anterior não corrigiu essa distorção, permitindo um terreno fértil para o desenvolvimento da exceção de pré-executividade, o CPC atual avançou dispensando expressamente o executado de garantir o juízo para o oferecimento da impugnação (CPC, art. 525, *caput)*.

A alteração certamente diminui o âmbito de incidência da exceção de pré-executividade, na medida em que o rol de matérias que poderão ser alegadas em sede de impugnação é abrangente, envolvendo matérias de direito processual e material.

Por outro lado, subsiste no regime atual a necessidade de garantia do juízo para obter o efeito suspensivo. Deste modo, temos que a regra geral é que a apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação. Contudo, desde que garantido o juízo, com penhora, caução ou depósito suficientes, além da apresentação de fundamentos relevantes, e se o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causas ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, será possível a concessão do efeito suspensivo pelo magistrado (CPC, art. 525, § 6º).

Importante ressaltar uma questão relevante no tocante à impugnação ao cumprimento de sentença, quando esta fundar-se em excesso de execução (CPC, art. 525, § 1º, V). Nessa hipótese é necessário que o executado informe de imediato o valor que entende correto. Tal requisito, que constitui verdadeiro pressuposto processual objetivo ao qual se subordina o processamento da irresignação do executado, pode constituir um ônus exacerbado ao beneficiário da justiça gratuita, muitas vezes patrocinado pela Defensoria Pública, que não dispõe, em regra, de corpo de profissionais para a elaboração de cálculos judiciais. Por essa razão, deve-se interpretar extensivamente o art. 98, VII do CPC, de modo a permitir que o juiz determine a remessa dos autos ao contador do juízo quando o executado for beneficiário da justiça gratuita e alegar excesso de execução.

Por outro lado, temos que a alegação de excesso de execução nessas hipóteses deve ter uma plausibilidade mínima. Ainda que não esmiuçada, através de planilhas e atualizações de juros e correção monetária, o executado deverá apontar concretamente os fundamentos que levam a crer que os cálculos apresentados pelo credor estão equivocados. Não cumprido esse requisito, a impugnação não deverá ser recebida pelo juízo.

Outra hipótese que merece atenção, é a referente à alegação de cumulação indevida de de execuções (CPC, art. 525, § 1º, V). O respeito aos requisitos

26. GRECO, L. *O processo...* p. 583. Araken de Assis comenta que "o depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio poderiam acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras consequências imprevisíveis". ASSIS, Araken. *Manual da execução.* 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1067.

da cumulação de demandas previstos no art. 327, § 1º do CPC, é essencial ao desenvolvimento hígido e sem tumultos do processo de execução. Assim, por exemplo, causaria inadmissível tumulto processual a cumulação de pedidos de prisão e expropriação no cumprimento de sentença de obrigação alimentar, na medida em que não seria adequado para todos os pedidos o mesmo tipo de procedimento (CPC, art. 327, § 1º, III).

Em relação à impugnação com fundamento na incompetência absoluta ou relativa do juízo de execução (CPC, art. 525, § 1º, VI) deve-se atentar que o juiz não deve extinguir imediatamente o processo, mas sim remetê-lo ao juiz competente, conforme determina o próprio Código de Processo Civil (CPC, art. 64, § 3º). Tal razão impõe porque a extinção do processo pode trazer importantes consequências desfavoráveis à parte, como por exemplo a perda do direito de executar parcelas alimentares vencidas pelo rito da prisão, na medida em que o art. 528, § 7º do CPC apenas permite a execução das 3 (três) últimas prestações anteriores ao ajuizamento da execução.

8. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE (CPC, ART. 518)

A exceção de pré-executividade surgiu como construção doutrinária, de modo a contornar os obstáculos rígidos dos embargos do devedor, vigentes nos regimes anteriores, que não permitiam ao executado alegar questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, fora das balizas temporais pré-determinadas em lei, e sem a garantia do juízo.

Essa situação torna-se especialmente grave na execução do crédito fiscal, pelo fato de que a certidão de inscrição em dívida ativa, título executivo extrajudicial que enseja a propositura da ação de execução fiscal, é constituída unilateralmente pelo credor, colocando os entes públicos em posição demasiadamente vantajosa no acesso à tutela jurisdicional, e violando, portanto, a paridade de armas e o contraditório[27].

O CPC 2015 inova ao consagrar expressamente a exceção de pré-executividade em seu texto: "Art. 518. Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz".

A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de

27. GRECO, L. *Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal.* In. Estudos de Direito Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos, p. 112. Ver também, GARCIA MACHADO, Leonardo. *Nomeação à penhora de crédito de precatório na execução fiscal: Direito do executado.* Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo. n. 49. 2003. p. 191. Araken de Assis também menciona que a produção de provas mais complexas se realizará em sede de embargos, ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1072.

ofício pelo juiz; (b) a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória[28].

O instituto não ostenta o mesmo vigor apresentado sob a égide do CPC/1973, pois a exigência da garantia do juízo prevista no regime anterior exacerbava a importância do instituto para a defesa daqueles que eram injustamente executados. Como atualmente não se exige a garantia do juízo, a tendência é o paulatino desuso do instituto.

Apesar de topograficamente estar prevista no título referente ao cumprimento de sentença, a exceção de pré-executividade também encontrará aplicação no processo autônomo de execução (CPC, art. 771, parágrafo único), e nas demais execuções especiais, como é o caso da execução do crédito fiscal (Lei 6.830 de 1980).

Por ser mecanismo de defesa essencialmente informal, a exceção de pré--executividade não suspende a execução, e comportará a arguição apenas dos mais graves vícios do processo, que sejam suscetíveis de apreciação com base em prova pré-constituída, como falta de condições da ação e de pressupostos processuais decorrentes de nulidade absoluta; vícios do processo administrativo fiscal no caso de execução fiscal; nulidades relativas da execução; excesso de execução; inexistência total ou parcial do débito fiscal; qualquer causa extintiva da obrigação, como pagamento, prescrição ou compensação[29].

No regime do CPC 1973, ARAKEN DE ASSIS atentou para a importância da ampliação do campo de incidência natural da exceção, desaparecendo, inclusive, o critério das questões que o juiz poderia conhecer *ex officio*, abarcando também as exceções substantivas[30]. No mesmo sentido, CARREIRA ALVIM afirma que nada impede que o excipiente alegue também questões de interesse privado, como o pagamento, a novação, a compensação, a transação e a prescrição. Para o renomado processualista a garantia do juízo para conhecer destas questões configuraria um verdadeiro absurdo[31].

Evidentemente, uma vez apresentada a defesa em sede de exceção de pré--executividade, e decidida a matéria pelo magistrado, não será possível que o executado provoque novamente o juízo a manifestar-se sobre a mesma matéria em sede de impugnação ao cumprimento de sentença. Por outro lado, nada impede que o executado possa defender-se por meio da exceção de pré-executividade, e posteriormente possa valer-se da impugnação ao cumprimento de sentença, desde que o objeto da impugnação seja distinto. Assim, por exemplo, pode o executado alegar em sede de exceção de pré-executividade a incompetência do juízo, e em sede de impugnação ao cumprimento de sentença o excesso de execução. Não se verificará, nesta última hipótese, o fenômeno da preclusão consumativa.

28. Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Mauro Campbell Marques. REsp 1.116.655. DJe 16/09/2009.

29. GRECO, L. *Exceção...* p. 127/129. BARROS, Luiz Felipe Machado. *Exceção de pré-executividade fiscal.* Revista Tributária e de finanças públicas. n. 51. São Paulo. 2003. p. 184. José Vilaço da Silva comenta que "somente as matérias de ordem pública, basicamente aquelas concernentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, são passíveis de argüição, podendo ainda serem alegadas a decadência e a prescrição, que dizem respeito ao mérito." SILVA, José Vilaço da. *Exceção de pré-executividade e a execução fiscal.* Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. 2000. São Paulo. p. 148.

30. ASSIS, A. *Op. cit.* p. 1071-1076.

31. CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria...* p. 361.

9. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken. *Manual da Execução.* 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinela. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional executiva.* 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Cível e procedimentos executivos.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo.* 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS, Luiz Felipe Machado. *Exceção de pré-executividade fiscal.* Revista Tributária e de finanças públicas. n. 51. São Paulo. 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento de Sentença Civil e procedimentos executivos.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.* 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÓPES GIL. Milagros. Avances en la ejecución de Sentencias contra la Administración. Navarra: Aranzadi.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. 5ª ed. São Paulo: Método, 2014.

GRECO, L. *Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal.* In. Estudos de Direito Processual. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

______. *O processo de execução.* 1 ed. v. II. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória (individual e coletiva). 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Vilaço da. *Exceção de pré-executividade e a execução fiscal.* Revista tributária e de finanças públicas. n. 32. 2000. São Paulo.

TARTUCE, Fernanda. DELLORE, Luiz. *Execução de alimentos: do CPC/73 ao Novo CPC.* in MACÊDO, Lucas Buril. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Execução.* V. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMITAÇÃO À EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E MÍNIMO EXISTENCIAL DO DEVEDOR

Bruno de Almeida Passadore
Ricardo Alves de Góes

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente trabalho acadêmico avaliará as consequências jurídicas de intempestiva manifestação nas execuções por quantia, em face do direito ao mínimo existencial do devedor e da manutenção do seio familiar.

Buscar-se-á avaliar se o executado poderá alegar a existência de alguma espécie de impenhorabilidade, mesmo após exaurido eventual prazo para apresentação de defesa – seja por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, embargos à execução ou outra manifestação –, ou se, nesses casos, teria ocorrido a preclusão para esta alegação e, como consectário lógico, a execução poderia prosseguir em prejuízo ao patrimônio legalmente protegido. Ainda, se, caso possível esta alegação, quais seriam as consequências jurídicas em razão da alegação tardia desse direito.

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), pela primeira vez, tratou da exceção de pré-executividade[1] sem, contudo, citar *ipsis litteris* seu nome. Assim,

1. No presente estudo, optaremos pela denominação de Pontes de Miranda no clássico parecer relativo ao caso "Mannesman". Não ignoramos, porém, a divergência doutrinária acerca da denominação, havendo relevante corrente que opta pelo uso do termo *objeção* de *não*-executividade em detrimento de *exceção* de *pré*-executividade. Não sendo o foco do presente estudo a análise das implicações relativas ao termo usado, deixaremos a discussão para ulterior oportunidade.

constata-se que o assunto é novo e, da forma como foi positivado, resultou em alterações ao anterior entendimento doutrinário e jurisprudencial, especialmente de que a exceção de pré-executividade poderia ser alegada a qualquer tempo, por abranger matérias que seriam de ordem pública. Atualmente, por outro lado, estabelece-se um prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da ciência do executado, para que sejam impugnados atos constritivos que lhe causem prejuízo e supervenientes ao prazo para apresentação de defesa típica[2].

Desse modo, após analisar o conceito de processo de execução e as formas de defesa do executado, estudaremos os efeitos jurídicos de eventual apresentação de manifestação intempestiva em sede de execução e que veiculem matéria de ordem pública.

2. CONCEITO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO E DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

O processo de execução é conceituado como sendo a atuação do Estado, em substituição ao exequente, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer voluntariamente: a satisfação da prestação a que tem direito o credor. Somente quando o obrigado não cumpre voluntariamente a obrigação é que se tem lugar a intervenção do órgão judicial em tutela executiva, seja expropriando bens ou constrangendo o devedor a cumprir com seu débito. Assim, partindo desse conceito, verifica-se que compete ao Estado a prática de atos coercitivos, visando à satisfação da pretensão executória a que tem direito o credor, seja ela de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa certa ou incerta e obrigação de pagar quantia certa[3].

No presente trabalho, analisaremos tão-só a execução por quantia certa, a qual ocorre quando é reconhecido que o executado deve pagar uma quantia e há uma pretensão resistida ao pagamento, seja por se tratar da própria pretensão do credor ao aludido pagamento, seja por se tratar de outro interesse – como a entrega de coisa – mas que por circunstâncias alheias a sua vontade se

2. Apontamos como típicas as hipóteses de defesa do executado expressamente nominadas na legislação processual, como a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos do devedor. Por sua vez, por defesa atípica nos remetemos às defesas a que a legislação não faz remissão nominal ainda que não ignorem sua existência, das quais se destacam a exceção de pré-executividade – objeto do presente trabalho – e das defesas denominadas heterotópicas – i.é., defesas veiculadas em ações autônomas e que trazem questões que possam eventualmente ceifar, ainda que parcialmente, a força executiva do título que instrui a execução. Registre-se que, mesmo em relação à esta última hipótese defensiva apontada, a legislação processual reconhece seu uso e eventuais efeitos que possam trazer à execução. Por outro lado, aponta que *"a propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução"* (art. 784,§1º, CPC), exceto, é claro, se houver alguma hipótese que justifique eventual sobrestamento da ação executiva, tendo por base o poder geral de cautela inerente exercício da jurisdição.

3. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - vol. III.* 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 251.

fez necessário convertê-la em pecúnia – p.e. conversão em perdas e danos ante eventual perecimento de referida coisa. Inerte o devedor, torna-se imperiosa a intervenção estatal para satisfação dessa pretensão, seja por meio de execução direta – tal como a penhora e alienação do bem do devedor –, seja por meio de execução indireta e que procure constranger o executado a cumprir com sua obrigação – p.e. imposição de astreintes, prisão civil *etc.*[4]

Dentro dessa espécie de execução, ressalta-se que o executado possui meios defensivos típicos: a) a impugnação ao cumprimento de sentença, nos casos em que existe um título executivo judicial (artigo 525, do Código de Processo Civil); b) embargos à execução, nos casos em que há a execução de um título executivo extrajudicial (artigo 914 e seguintes, do Código de Processo Civil); e atípicos: a) exceção de pré-executividade; b) e das defesas denominadas heterotópicas, ou seja, defesas veiculadas em ações autônomas e que trazem questões prejudiciais à execução.

Neste trabalho, optamos por analisar algumas hipóteses defensivas veiculadas em sede de exceção de pré-executividade, especificamente relacionando-a a prazo legal para sua apresentação.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, SEU OBJETIVO E APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aponta-se ser um parecer elaborado por Pontes de Miranda em 1966, responsável, senão pelo surgimento, ao menos pela sistematização da chamada *exceção de pré-executividade*. Coube ao jurista alagoano, em parecer elaborado no caso da siderúrgica "Mannesmann", defender a possibilidade de *o executado alegar incidentalmente no processo de execução, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício*. Em referido caso, Pontes de Miranda lidou com processo de execução de título extrajudicial ajuizado em desfavor da "Cia. Siderúrgica Mannesmann" fundada em títulos cambiários nulos, pois lastreado em documento que continha assinatura falsa do diretor da empresa[5].

4. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; AREHHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil - Vol. 2.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 719.

5. *"É relativamente tranquila a doutrina ao apontar um parecer elaborado por Pontes de Miranda em 1966, responsável, senão pelo surgimento, ao menos pela sistematização da chamada 'exceção de pré-executividade'. No notório 'caso Mannesmann', o jurista defendeu a possibilidade de o executado alegar incidentalmente no processo de execução, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício. No caso específico que mereceu o parecer, foram propostas inúmeras execuções - inclusive de natureza concursal - com fundamento em falsos títulos executivos. O fundamento do jurista era perfeito e até os dias atuais não pode ser seriamente contraditado. Apesar de o sistema jurídico da época prever como defesa típica do executado os embargos à execução, não teria sentido obrigar o executado a ingressar com uma ação incidental de embargos para alegar uma matéria que o juiz já deveria ter conhecido de ofício. Realmente não tem nenhum sentido lógico ou jurídico condicionar em termos extremamente formais a alegação de uma matéria*

Defendia-se que o título que instruía a petição inicial não teria força executiva, sendo absurdo condicionar a apresentação de referida defesa à propositura de processo incidental pelo executado, mormente porque, à época, condicionava-se a apresentação de embargos do devedor, em toda e qualquer circunstância[6], à garantia do juízo, mediante depósito do valor do débito exigido ou oferecimento de bem à penhora em valor suficiente para tanto. Em outros termos, seria um formalismo absolutamente irrazoável não tolerar que o executado veiculasse tese que poderia ser conhecida de ofício, obrigando-o a ingressar com nova demanda e sujeitando-o à constrição patrimonial para tanto[7].

Constata-se, portanto, que a exceção de pré-executividade teve origem doutrinária, não contando inicialmente com uma previsão legal que tratasse do assunto. Assim, defendeu-se a possibilidade de o executado alegar incidentalmente, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício.

O CPC de 2015, *de forma pioneira*, tratou deste instituto que já era aceito pela doutrina e pela jurisprudência sem, contudo, citar *ipsis litteris* seu nome. Manteve-se, assim, a sua natureza de defesa *atípica* do executado, apesar de agora contar com um procedimento legal minimamente estabelecido.

A respeito, previu que as questões relativas ao procedimento de cumprimento de sentença poderiam ser veiculadas pelo executado nos próprios autos da execução sem qualquer necessidade de veiculação de incidente formal – *p.e.*. impugnação ao cumprimento de sentença – (art. 518); bem como estabeleceu

que o juiz deve conhecer de ofício. A situação tornava-se à época ainda mais dramática considerando-se que a interposição de embargos à execução estava condicionada a garantia do juízo, de forma que o executado primeiro teria que sofrer uma constrição patrimonial, evidentemente prejudicial, para somente depois ingressar com os embargos para alegar uma matéria que na realidade o juiz já deveria ter conhecido de ofício. A omissão do juiz em reconhecer a matéria de ordem pública de ofício não poderia resultar no sacrifício do executado, obrigando-o a informar o juízo de sua atuação relapsa somente depois de sofrer uma constrição judicial e por meio de uma ação incidental" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.398-1.399).

6. Como veremos, esta necessidade ainda existe em alguns casos específicos.

7. Fazendo um pequeno adendo, e ressaltando de forma anedótica a ânsia cultural brasileira em criar empecilhos sem sentido, mas que conferem alguma aparência de regularidade, lembramos de fato narrado durante o golpe de 1964 e que inaugurou um dos períodos mais sombrios da história nacional. Segundo se alega, durante o decurso dos atos que sacaram um governo minimamente democrático do poder e inauguraram uma ditadura militar, foram postos às ruas tanques de guerra na cidade do Rio de Janeiro, as quais se encontravam absolutamente vazias ante o temor da população local com toda a situação. Por sua vez, mesmo representando uma das maiores rupturas institucionais na história latino-americana do século XX e mesmo não havendo nas vias de circulação pessoas ou veículos civis, ainda assim aludidos tanques paravam aos sinais vermelhos que cruzavam. Em tom irônico, um jornalista à época fez a seguinte observação: *"No dia que entendermos por que um tanque militar para num semáforo vermelho no meio de um golpe de estado, talvez a gente entenda o Brasil"*. A respeito, ver: CORTELLA, Mário Sergio; DIMENSTEIN, Gilberto; KARNAL, Leandro; e PONDÉ, Luiz Felipe. *Verdades e Mentiras: ética e democracia no Brasil*. Campinas: Ed. Papirus, 2016, p. 9.

que nulidade da execução fundada em título extrajudicial poderia ser pronunciada pelo juiz a requerimento da parte, independentemente da apresentação de embargos do devedor (art. 803, parágrafo único).

Por outro lado, estabeleceu a existência de *prazo* de 15 (quinze) dias úteis contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato, para arguição de questões relativas a fatos supervenientes ao momento de apresentação de defesa típica e, especificamente relacionados (mas não limitados) à validade e à adequação da penhora e da avaliação de bens sujeitos à constrição judicial (art. 525, §11, do CPC)[8].

Portanto, regulamentou-se uma forma de defesa endoprocessual que possibilitaria, de modo célere, alegar matérias de ordem pública, sem que houvesse necessidade de garantia do juízo para que as matérias fossem alegadas. Registra-se que a questão da dispensabilidade da garantia de juízo para apresentação de exceção de pré-executividade, diferentemente do que uma leitura precipitada possa gerar, ainda possui sua importância. Afinal, se não é mais necessário tal ato para apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença – desde a vigência de do CPC-2015 – e para a apresentação de embargos do devedor – desde a vigência da L. 11.382/2006 -, ainda o é em relação às defesas típicas apresentadas no âmbito de execuções fiscais por força do disposto no art. 16, §1°, da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). Apesar do entendimento dos

8. "O CPC/1973 não previa expressamente nenhuma defesa executiva além dos embargos à execução e da impugnação. *Não obstante essa realidade, consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência, uma terceira via defensiva, de natureza incidental e cabível tanto no processo de execução como no cumprimento de sentença. A essa defesa deu-se, ainda que inadequadamente, o nome de exceção de pré-executividade. O Superior Tribunal de Justiça é tranquilo na admissão da genuína exceção de pré-executividade, desde que o executado tenha* (i) prova pré-constituída de sua alegação, (ii) não haja necessidade de instrução probatória para o juiz decidir seu pedido de extinção da execução e (iii) a matéria arguida pelo executado seja conhecível de ofício pelo juiz. *Há, inclusive, súmula a esse respeito, que, apesar de mencionar expressamente a execução fiscal, aplica-se a toda espécie de execução (Súmula 318/STJ). Registre-se que, além desses requisitos, o Superior Tribunal de Justiça condiciona o ingresso de exceção de pré-executividade ao momento anterior à penhora e aos embargos do devedor (Informativo 394/STJ, 4.a T, rei. Min. Fernando Gonçalves, REsp 757.760/GO, j. 12.05.2009, DJe 04.08.2009). A ausência de previsão legal da exceção de pré-executividade sempre gerou uma quantidade razoável de polêmicas a respeito de seu cabimento, como as referentes ao momento de interposição, possibilidade de suspender a execução, natureza da decisão que a decide, recurso cabível contra ela, possível fixação de honorários, entre outros. O Novo Código de Processo Civil não prevê expressamente a defesa executiva ora analisada, que continuará a ser tratada como defesa atípica. As polêmicas procedimentais também serão mantidas, quando não renovadas diante de outras novidades do novo diploma processual que reflexamente podem atingir a exceção de pré-executividade. Há, entretanto, dois dispositivos no Novo Código de Processo Civil que podem justificar legalmente a exceção de pré-executividade. Segundo o art. 518 do Novo CPC, todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz. Já o art. 803, parágrafo único do Novo CPC, dispõe que a nulidade da execução será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução"* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 889).

autores de que essa posição não se sustenta, é fato que se mostra pacífico nas cortes de justiça, mesmo na vigência da atual legislação processual, que a apresentação de embargos do devedor em execução fiscal ainda é condicionada ao oferecimento de garantias patrimoniais ao juízo[9].

É também importante mencionar que, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973 – e, portanto, em um momento no qual não havia um procedimento legalmente estabelecido para processamento do incidente discutido - os tribunais pátrios não estabeleciam qualquer limite temporal para que fosse apresentada a exceção de pré-executividade[10].

Por outro lado, há quem entenda que, ante novel disposição legal, a exceção de pré-executividade, tal qual a praxe forense estava acostumada, teria deixado de existir em nosso sistema processual civil[11]. Assim, tornar-se-ia possível a interpretação que eventuais vícios, *mesmo que de ordem pública*, deveriam, portanto, ser atacados por intermédio de alegação superveniente à impugnação ao cumprimento desde que respeitado prazo legal para tanto. Por essa razão, o prazo de 15 (quinze) dias previsto no artigo 525, §11, CPC, limitaria as oportunidades de defesa do executado. Todavia, caso prevaleça essa tese, resta o seguinte questionamento: caso a parte não alegue de forma tempestiva algum fato que viole a ordem pública – p.e. penhora um bem de família - é possível que a execução tenha seu regular prosseguimento, não sendo mais possível ao executado veicular referida tese defensiva, ante sua preclusão?

Feito esse questionamento, necessário adentrar ao estudo sobre a teoria do mínimo existencial e do patrimônio mínimo.

4. DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL, DA TEORIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO E DA GARANTIA DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

Inicialmente, cumpre apontar que a doutrina expõe que a expressão "mínimo existencial" surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassunggericht* – BVG) daquele país. Deduzido a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade material e do Estado Social o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna[12]. No âmbito dos direitos sociais, aponta-se a saúde a educação, assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e *abrigo*) e o acesso à Justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, devem ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas[13].

Em relação a teoria do patrimônio mínimo, por sua vez, ensina-se de forma resumida que se trata de um modo de *assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais, para que viva com dignidade*[14]. Essa tese passa a contar com reflexo em diversas searas do direito e, em relação ao objeto do presente estudo, ganha destaque na seara da execução, obstando que interesses, ainda que privados, venham a atentar contra o mínimo de dignidade que faz jus qualquer ser humano[15].

9. Neste sentido: "*Conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC/1973), 'Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal' (REsp 1.272.827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013).* Tal entendimento persiste após a entrada em vigor do art. 919 do CPC/2015". (STJ, Recurso Especial 1.663.742/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16/05/2017).

10. Por todos: "*EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AÇÃO EXECUTIVA. TERMO ADITIVO. RETIFICAÇÃO. RATIFICAÇÃO. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. INEXISTÊNCIA. ANUÊNCIA. AVALISTA. TÍTULO ORIGINAL. CABIMENTO. Como as condições da ação e os pressupostos processuais podem ser apreciados, de ofício, pelo Juiz,* a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, admite-se a exceção de pré-executividade no curso da ação de execução, ainda que oferecida após o prazo para embargos, *suscitando a existência de vício que acarrete a extinção do processo, especialmente no que se refere à ilegitimidade passiva de executados para a execução. Desse modo, tendo em vista que os avalistas do primeiro título não participaram do termo aditivo de retificação e ratificação da cédula rural, no qual foram assumidas novas condições e obrigações, alterando inclusive o nome do emitente, o valor da dívida, o prazo de vencimento e os avalistas, não respondem por aquilo a que não se obrigaram em decorrência da ilegitimidade passiva para a execução, embasada em novo título*" (TJ-DFT, Agravo de Instrumento n. 2004.00.2.003528-2, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, 1ª Turma Cível, data do julgamento 11/10/2004).

11. "*No modelo atual, parece não haver mais espaço para as "exceções de pré-executividade", cuja alegação fica abrangida ou pela impugnação, ou pela alegação superveniente, de que trata o art. 525, §11. Ou seja, as defesas que, antigamente, poderiam ser oferecidas como exceções de pré-executividade, atualmente, continuam sendo admitidas; sua alegação, porém, não é mais lastreada apenas em uma orientação da doutrina ou da jurisprudência,* estando acolhidas ou pelo regime da impugnação, ou pelo da alegação superveniente". (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil – Vol. 2*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1.032). Curiosamente, porém, os mesmos autores, em outra oportunidade, manifestam-se em sentido contrário: "*Em que pese o CPC não se refira a essa figura* [a exceção de pré-executividade] *– como, aliás, nunca o fez no passado – ela continua a existir e deve ser admitida* [...] *O regime a ser deferido à exceção de pré-executividade deve ser o mesmo da impugnação, inclusive quanto à concessão de eventual efeito suspensivo da execução. Apresentada a alegação, deve o exequente ser ouvido, em quinze dias, decidindo o juiz posteriormente (art. 518, CPC)*" (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Ed. RT, 2016, comentários ao art. 525, item 29).

12. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 463.

13. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

14. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 195.

15. A respeito: "*A 'repersonalização' do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana.* Para bem entender os limites propostos à exe-

Registra-se que os Direitos Fundamentais não possuem apenas eficácia vertical, ou seja, na relação Estado-Particular, mas também possuem eficácia horizontal, assim aplicável às situações que envolvam apenas particulares. Trata-se de reconhecer, portanto, que, para realização do *Estado Democrático de Direito*, há a *necessidade* de uma determinada ordem que seja capaz de tornar *menos frequente e menos ásperos os conflitos sociais*, ao lado da *necessidade* de direcionar interesses divergentes no sentido de *objetivos sociais comuns*. Assim, se de um lado, há a necessidade de reconhecer que para o regime democrático se mostra imperativa uma *estrutura* que deva ser preservada e capaz de viabilizar a convivências dos indivíduos na sociedade; por outro, há a necessidade de se buscar a cooperação entre os indivíduos ou grupos – os quais perseguem cada qual seus interesses privados – em prol de um *fim comum*[16].

Exatamente com este fito, o Estado Brasileiro procura afirmar direitos fundamentais não só através de sua atuação positiva no sentido de garantir dignidade e direitos aos seus cidadãos, mas, igualmente, de forma reflexa ao interferir nas relações destes entre si em situações que, por qualquer razão, possam influir nesse arcabouço de interesses essenciais do ser humano.

Nunca é demais lembrar o caso Lüth, também julgado pelo BVG em 1958. Em tal caso, foi discutida a legitimidade de Erich Lüth de incitar boicotes a um filme do diretor de cinema Veit Harlan, cineasta ligado, anteriormente, ao regime nazista. Em instâncias ordinárias fora estabelecido o dever de Lüth de se abster de incitar referidos boicotes. Todavia, a corte constitucional reformou tal decisão em nome de valores consagrados pela Lei Fundamental Alemã, como o direito à liberdade de pensamento e expressão, que deveriam pautar a interpretação do Código Civil e a relação dos particulares. Tal decisão, assim, é apontada por balizada doutrina como o primeiro grande precedente a apontar a eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais entre particulares[17].

No sistema pátrio, podemos destacar, como caso paradigmático, o RE n. 201.819, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, onde fora estabelecida a impossibilidade de exclusão de membro de associação sem a sua defesa, consolidando-se, assim, a necessidade de serem observados os Direitos Humanos

cução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. *A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata".* (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio d e Janeiro: Renovar, 2001. p. 190).

16. BOBBIO, Norberto, *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*, trad. Daniela Versiani. Barueri: Ed. Manole, 2007, 110/111.

17. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil* in Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006, p. 33.

e os Direitos Fundamentais - notadamente, o contraditório e a ampla defesa - mesmo nas relações particular-particular, de forma direta e imediata, ou seja, independentemente de qualquer previsão legal, em respeito à eficácia horizontal dos direitos fundamentais[18].

Mostra-se, portanto, absolutamente razoável que sejam trazidas limitações pelo poder público para que os particulares satisfaçam seus créditos. Destaca-se, *v.g.*, a questão da garantia do direito de habitação e, por consequência, a impossibilidade, como regra geral, de ser invadido o patrimônio do devedor ceifando-o de uma habitação digna. Verifica-se que a moradia é um direito social fundamental, o qual encontra-se esculpido no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda, conforme anteriormente exposto, a moradia (abrigo) integra o conceito de um mínimo existencial e deve ser assegurada para a garantia de um patrimônio mínimo, a fim de que os sujeitos possam ter uma qualidade de vida digna. Nada estranho, portanto, que o legislador, interferindo nas relações creditícias, ainda que entre particulares, garanta a impenhorabilidade do bem de família, exceto nas hipóteses previstas no art. 3º, da Lei 8.009/90.

5. DO REGIME DAS IMPENHORABILIDADES PROPRIAMENTE DITAS

As impenhorabilidades legais estão previstas no artigo 833, do Código de Processo Civil[19]. A doutrina classifica as impenhorabilidades em: (a) impenho-

18. Eis excerto da ementa do julgado: *"SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.* As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. *Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à* proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]" (STF, 2ª Turma, RE 210.819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005 - grifos adicionados).

19. CPC, Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução; II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado; VI - o seguro de vida; VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40

rabilidade intrínseca (bens inalienáveis ou fora do comércio); (b) impenhorabilidade voluntária (bens declarados como tal através de negócio jurídico, como o bem de família, a teor do art. 1.711, caput, do CC); (c) impenhorabilidade instrumental (bens objeto do benefício de competência); (d) e impenhorabilidade residual (bens penhoráveis em alguns casos, como acontece no art. 834)[20].

A razão de existir dessas impenhorabilidades, como já pudemos notar, é a necessária preocupação do legislador em criar freios à busca sem limites da satisfação do exequente na execução, mantendo-se a mínima dignidade do executado[21]. O regime de impenhorabilidades, portanto, protege o indivíduo em face de uma busca sem limites da satisfação do exequente.

Curioso, assim, entender que o artigo 525, §11°, do Código de Processo Civil teria estabelecido a existência de *prazo preclusivo* de 15 dias úteis para que o interessado levantasse questões relacionadas à constrição patrimonial relacionados a fatos novos[22] ou supervenientes ao prazo estabelecido para apresentação de defesa típica do executado.

Diante dessa situação, entendemos que o regime das impenhorabilidades, mesmo em se tratando de questões alegadas após o decurso deste prazo, deve ser observado em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, entendemos que uma alegação tardia possui suas consequências jurídicas, as quais passamos a analisar.

6. DAS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE EM MOMENTO OPORTUNO

Resta, ainda, necessário responder a indagação formulada anteriormente e analisar quais são as consequências da não alegação da impenhorabilidade do bem de família e demais impenhorabilidades no momento oportuno. Nessa situação, entendemos que os limites à constrição patrimonial do executado devem ser prestigiados em detrimento da preclusão temporal processual, razão pela qual a interpretação dada ao artigo 525, §11, do CPC deve se compatibilizar com os princípios constitucionais[23].

(quarenta) salários-mínimos; XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei; XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

20. ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro, Volume IV: Manual da Execução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 184.

21. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único.* 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1.134.

22. Fatos novos, diferentemente dos supervenientes, seriam aqueles ocorridos anterior a determinado momento – *in casu,* prazo para apresentação de defesa típica – mas que apenas conhecidos pelo interessado em momento posterior a este lapso.

23. Não por outra razão, aliás, o CPC 2015 prevê, em seu dispositivo inaugural, que: *"o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".*

A respeito, invocando posicionamento de Ronald DWORKIN e igualmente aquele trazido por Lênio Luiz STRECK, aplicável à espécie a figura da proporcionalidade[24]. Esta, segundo o paradigma da coerência e da integridade – ambas prestigiadas pelo art. 926 do CPC –, exigem que a aplicação das normas jurídicas se dê equanimemente, afastando aquilo que o jurista norte-americano chama de "*leis de conveniência*". Deste modo, nosso sistema constitucional proíbe tanto a intervenção excessiva (*übermasverbot),* quanto a proteção deficiente (*untermasverbot*)[25]. Um exemplo tornará o argumento mais claro.

Ante a necessidade de garantia de proteção do Estado de certos interesses, inclusive através de mandados de criminalização, tornava-se evidente a *não recepção* pela Constituição de 1988 do contido no art. 107, VII do Código Penal – já revogado pela L. 11.106/2005 – e que estabelecia como causa de extinção de punibilidade, nos crimes contra os costumes – hoje redefinidos como crime contra liberdade sexual –, o casamento da vítima com o ofendido. Tal crise de constitucionalidade se dava ante a clara proteção deficiente dos direitos da vítima de violência doméstica[26].

Nesse diapasão, a Constituição brasileira, ao mesmo passo que estabelece a proteção contra violência cometidas no âmbito familiar (art. 226, § 8°), igualmente estabelece como direito fundamental, a proteção do ser humano contra uma vida indigna, estabelecendo para tanto, e entre outras coisas, uma série de direitos sociais mínimos.

Como não poderia ser diferente, há imperativo de tutela em prol do indivíduo a ser garantido não só pelo Poder Público, mas por todos os cidadãos[27].

24. Registramos que lemos a questão da proporcionalidade sob um paradigma bastante diverso da teoria de Robert ALEXY. Por limitação de espaço e por fugir do tema em análise, não desenvolvermos as diferenças entre a tese aqui lançada com o entendimento do jurista de Kiel.

25. STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso.* 5ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 190 e 248-249.

26. Em situação similar, porém envolvendo proteção deficiente do consumidor em casos de financiamento imobiliário de imóveis regidos pela Lei 9.514/1997, concluímos, igualmente, que havia séria dúvida sobre a constitucionalidade de aludido diploma, ao criar clara situação de proteção deficiente do mutuário. Confira: PASSADORE, Bruno de Almeida; CAMELO, Fabíola Parreira, *Financiamento Imobiliário e a Proteção Deficiente Do Consumidor, in Revista Eletrônica "Consultor Jurídico" de 27/06/2017, disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/tribuna-defensoria-financiamento-imobiliario-protecao-deficiente-consumidor, acesso 22/02/2018.*

27. Vale apontar que os Direitos Humanos não possuem apenas eficácia vertical, ou seja, na relação Estado-Particular, mas também possuem eficácia horizontal, assim aplicável às situações que envolvam apenas particulares. No sistema pátrio, podemos destacar como caso paradigmático o RE 201.819, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, onde fora estabelecida a impossibilidade de exclusão de membro de sociedade sem a sua defesa, consolidando-se, assim, a necessidade de serem observados os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais - notadamente, o contraditório e a ampla defesa - mesmo nas relações particular-particular, de forma direta e imediata, ou seja, independentemente de qualquer previsão legal. Eis excerto da ementa do julgado: *"SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.* As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito

Por outro lado, evidente que o art. 525, §11°, do CPC, se lido como obstáculo à veiculação de teses defensivas aptas a proteção do patrimônio mínimo do ser humano tendo por razão a não observância de prazo de 15 dias, atenta contra esse mandamento.

Assim, neste aspecto, torna-se *inconstitucional* por evidentemente não proteger de forma eficaz o patrimônio mínimo do devedor, qualquer interpretação que entenda ser impossível discutir a sistemática de impenhorabilidade de bens em vista de ter, em tese, a alegação sido formulado após o prazo prevista no dispositivo acima mencionado[28].

Entretanto, a parte que venha a criar protelações desnecessárias ao regular trâmite processual – p.e. veiculando tese de impenhorabilidade de bem de família em vias de o bem ser levado à leilão – poderá ser sancionada eventualmente por violação ao dever genérico de as partes de agirem com lealdade e boa-fé durante todo o transcurso do processo (art. 5° e art. 80, V, CPC). O executado relapso poderá, neste aspecto, ser condenado ao pagamento de multa e perdas e danos, nos termos da legislação processual[29]-[30].

A imposição de multa ao devedor que, em ato atentatório à dignidade da justiça, cria entraves ao regular andamento processual é claramente possível. Esta sanção, por sua vez, inegavelmente possui natureza jurídica de multa processual[31], razão pela qual mesmo os beneficiários da Gratuidade da Justiça deverão ser responsabilizados pelo seu pagamento (art. 98, §4°, CPC). Entretanto, apesar de possível a imposição de uma multa processual, entendemos que o regime das impenhorabilidades não pode ser afastado.

das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. *Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à* proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...]" (STF, 2ª Turma, RE 210.819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005 – grifos adicionados).

28. Trata-se, portanto, da técnica da declaração de *inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.*
29. Em sentido similar, assim se manifesta Araken de ASSIS: *"No direito anterior, não alegando o executado o vício na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, respondia pelas despesas do retardamento. Por exemplo, ao alegar ilegitimidade passiva após a publicação dos editais de leilão, o executado, caso seja vitorioso, pagaria as despesas porventura realizadas. Porém, a sanção específica desapareceu no NCPC, diluída na caracterização da má-fé"*(ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro, Volume IV: Manual da Execução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.125-1.126).
30. *"A conduta indicada no inciso V* [do art. 80] *também é consideravelmente genérica, sendo temerário qualquer comportamento açodado e anormal com a consciência da falta de razão em assim proceder".* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 180.
31. BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154-155.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, constatou-se que, no atual Código de Processo Civil, foi estabelecido prazo para oferecimento de defesa atípica do executado, que aqui utilizamos a terminologia consagrada de "exceção de pré-executividade", e cujo prazo encontra-se previsto no artigo 525, §11°, da norma processual.

Todavia, apesar da existência desse prazo, entendemos que a interpretação deste dispositivo deve se submeter a uma interpretação condizente com o respeito à teoria do mínimo existencial e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, comprovada situação de impenhorabilidade, mesmo que intempestivamente, entendemos que o Juízo deverá afastar a constrição sobre o bem.

Isto, por outro lado, não isenta o interessado de ser eventualmente sancionado por ato atentatório à dignidade da justiça, ao protelar indevidamente a marcha processual e levantando teses defensivas relacionada à garantia de um patrimônio mínimo em momentos processuais mais avançados. Preserva-se, neste aspecto, a boa-fé processual, um arcabouço mínimo patrimonial em favor do devedor, bem como abre-se a possibilidade de o exequente buscar outros bens de forma célere, a fim de satisfazer sua pretensão creditícia.

8. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro, Volume IV: Manual da Execução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil* in Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 4 , n. 2, jul./dez. 2006.

BOBBIO, Norberto, *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*, trad. Daniela Versiani. Barueri: Ed. Manole, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154-155.

CORTELLA, Mário Sergio; DIMENSTEIN, Gilberto; KARNAL, Leandro; e PONDÉ, Luiz Felipe. *Verdades e Mentiras: ética e democracia no Brasil.* Campinas: Ed. Papirus, 2016

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 190.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias, volume 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; AREHHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil – Vol. 2*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

________; ________; ________; *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 2ª edição em e-book baseada na 2ª edição impressa, São Paulo: Ed. RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASSADORE, Bruno de Almeida; CAMELO, Fabíola Parreira, *Financiamento Imobiliário e a Proteção Deficiente Do Consumidor, in Revista Eletrônica "Consultor Jurídico" de 27/06/2017, disponível em https://www.conjur.com.br/2017-jun-27/tribuna-defensoria-financiamento-imobiliario-protecao-deficiente-consumidor, acesso 22/02/2018.*

STRECK, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*. 5ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. III*. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPÍTULO XX
ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

A ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

José Roberto Sotero de Mello Porto

1. VISÃO PANORÂMICA DO TEMA

O tema do presente capítulo, aparentemente apenas procedimental, ganhou protagonismo ímpar com o advento do vigente código. Inaugurando o Livro III do novo diploma (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), ocupa seu Título I (Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais), Capítulos I (Disposições Gerais) e II (Da Ordem dos Processos no Tribunal).

No diploma anterior, inexistia o espaço para as ditas disposições gerais – cuja relevância logo mais será demonstrada. Apenas falava-se no que agora se apresenta no segundo capítulo, isto é, da ordem dos processos no tribunal, albergando normas em geral procedimentais.

Analisaremos, portanto, essas duas frentes.

2. AS DISPOSIÇÕES GERAIS E O DITO MICROSSISTEMA[1] DE PRECEDENTES

O primeiro capítulo, limitado a três artigos (926 a 928), possui uma relevância qualitativa muito maior do que pode aparentar. São desses dispositivos, em especial os dois primeiros, que parte considerável da doutrina vem extraindo uma verdadeira revolução no direito processual pátrio, consistente

1. "Ao falarmos de 'sistema de precedentes', por sistema devemos compreender a ideia de um todo coerente e harmônico de normas. Ou seja, uma teoria do ordenamento que necessita da ideia de sistema para lhe possibilitar adequado tratamento para a relação entre as normas jurídicas. Isto é, não são sinônimos. Logo, o que o CPC de 2015 tem a ver com um novo 'sistema'? Nada." (STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016).

em garantir eficácia vinculante a diversas espécies de decisões, erigidas, assim, ao *status* de precedentes.

Pessoalmente, me mostro algo reticente com esse aparente otimismo. O Novo Código de Processo Civil, conquanto em uma primeira análise se mostre quase que "mais do mesmo", tão somente reestruturando seu mutilado antecessor, inegavelmente guarda ares de novidade. Isso fica bem claro em determinados pontos fulcrais.

Por exemplo, são inovações inegáveis o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), o estímulo conciliatório no bojo do próprio procedimento ordinário (aliás, sequer subsiste o sumário), a revisão do sistema recursal, com a extinção de determinadas espécies (embargos infringentes, agravo retido e várias hipóteses de cabimento do agravo de instrumento). Até mesmo o ímpeto principiológico, na proa da nova lei, pode ser inserido nesse rol.

Por outro lado, sobretudo após o trâmite do projeto de lei pelo Senado e, após sua publicação, do advento da Lei 13.256/16, muitos outros aspectos permaneceram quase que inalterados (quando a mais sincera técnica recomendava que fossem modificados) no novel diploma processual. Cite-se, entre outros, a própria admissibilidade dos recursos extraordinários mantida na segunda instância, irrecusável convite ao agravo inominado.

Lamentações à parte, importa, neste momento, focarmo-nos em temática que parece oscilar entre esses dois polos opostos, conforme a visão do doutrinador: os ditos precedentes. Caberá indagar – e a resposta até agora tem soado essencialmente pessoal: existe uma efetiva novidade no sistema brasileiro quanto às decisões judiciais e sua vinculação?

2.1. O casuísmo brasileiro entre dois sistemas: o *common law* e o *civil law*

Remete-nos às primeiras lições da faculdade de Direito a distinção entre o sistema da *common law* e o da *civil law*. Grosso modo, aquele tem como fonte precípua do Direito os costumes, aproximando-se indubitavelmente do jusnaturalismo, admitindo a relevância do direito natural, enquanto este é dependente da legislação codificada, herdeiro do positivismo científico e, notadamente no século passado, do positivismo legalista.

Até aqui, tem-se evidente disparidade, bem como uma central aproximação: logicamente, em ambos os casos caberá ao juiz a aplicação do Direito. O Judiciário, portanto, é o ator definitivo.

Não se nega, com essa afirmação, que existem diversas maneiras de se enxergar a atuação do magistrado[2]. É certo que se pode vê-lo como mero boca da

2. "Sucede que, não obstante a evolução da teoria da interpretação, o modelo de Corte associado ao formalismo interpretativo sobreviveu e ainda está presente no Brasil e, com maior ou menor intensidade, em quase todos os sistemas de *civil law*. Note- se que, quando a função da corte de vértice se resume à declaração do sentido exato da lei, nada é adicionado à legislação e, assim,

lei, garantindo-lhe, ao menos abstratamente, função meramente declaratória, quase que mecânica, de subsunção do caso concreto a uma norma em abstrato. Trata-se de uma tentação precípua da tradição codificada.

O outro papel que pode cumprir é de um juiz criador, integrador do ordenamento, preenchendo lacunas eventualmente deixadas pelo legislador (o positivismo científico, ao contrário do legalista, permite essa conclusão), com princípios e valores. Inclusive a técnica das cláusulas gerais representa margem acentuada para a discricionariedade (na Alemanha, cunhou-se a noção de "fuga para as cláusulas gerais"[3], de modo a expressar a preocupação com essa porta aberta deixada pela legislação).

Não se questiona, atualmente, que o neoconstitucionalismo em muito favorece a ampliação desse crescente espaço a ser preenchido pelo juiz. A própria ampliação dos direitos constitucionais favorece essa tendência (basta ver o sempre crescente rol dos direitos sociais, no artigo 6° da Constituição). Nessa gangorra, em que os princípios constitucionais passam a bastar para solucionar o caso concreto, a lei perde protagonismo[4].

Todo esse fenômeno, muito atraente, possui uma face bastante negativa, quando o olhamos desde a perspectiva da segurança jurídica. Afinal de contas, na medida em que o juiz se torna criador do Direito, diante da lide concreta,

não há como ter decisão que revela um sentido atribuído à lei e, por consequência, motivo para ter precedente dotado de autoridade. Se a decisão da Corte define o sentido *exato da lei* basta um sistema que garanta a correção das decisões que dele discrepem, dirigida ao passado. Entretanto, quando a decisão da Corte *atribui sentido* ao direito – porque se acredita na dissociação entre texto e norma -, outorga-se unidade ao direito com a elaboração do precedente. Proclamar a interpretação mediante precedente e, assim, garantir a unidade do direito, é a função da Corte Suprema, o que quer dizer que a 'uniformidade da interpretação' não pode mais ser meio de controle da legalidade, devendo ser vista como sinônimo de 'unidade do direito'. Melhor explicando: a interpretação uniforme era meio de controle da legalidade e o precedente é meio de tutela da igualdade, na medida em que a interpretação não mais é método para a revelação da norma contida na lei, porém instrumento para a elaboração do seu significado. Portanto, uma corte de vértice só pode ser vista como Corte de Interpretação que, ao atribuir significado ao direito, por mera consequência garante a igualdade perante o direito" (MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 66-67).

3. A expressão, "die flucht in die generalklauseln", é de Hedemann, mencionado por WIEACKER, Franz (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, p. 476).

4. "Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país" (SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. p. 6. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.).

e encontra à sua disposição um leque extenso de possibilidades de solução (até mesmo apto a afastar a literalidade da lei em certos casos), verifica-se o crescimento de uma jurisprudência lotérica, aleatória, com decisões para todos os gostos. A máxima do "cada juiz, uma sentença" nunca se revelara tão real.

Na *common law*, sistema formalmente irracional[5], o problema da (im)previsibilidade resolveu-se através do *stare decisis*, com a metodologia dos precedentes obrigatórios. Ou seja, ao contrário do que corriqueiramente se imagina, não é o simples fato de o Direito ter como fonte os costumes que gera a segurança ou a previsibilidade esperadas, mas, sim, a cultura de vinculação aos precedentes. A obediência e o respeito pelas decisões pretéritas, mormente das cortes de vértice, que ostentam caráter de cortes de precedentes, é a real justificativa.

Trazendo o dilema para a nossa realidade, percebemos que estamos inseridos na tradição romano-germânica, encontrando verdadeiro vício consistente em sede legiferante insaciável. Tudo é lei, tudo tem que vir pela lei. É esse o estado atual em que o cidadão médio se encontra.

O avanço em direção às técnicas legislativas das cláusulas gerais e à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, entretanto, como visto, relativizaram, na dogmática e na jurisprudência, o rigor formal da lei. O grande problema é que o Direito não é uma ciência pura e divorciada da tessitura social. Pelo contrário: é feita pelos homens, inseridos em um contexto cultural e histórico.

Essa conjuntura, no nosso país, revela-se preocupante. Sem querer descambar para o campo da sociologia, é facilmente perceptível que o homem médio brasileiro é carente de um regramento moral que vá além de seus próprios interesses particulares. A noção de "personalismo" e de "patrimonialismo", con-

5. A classificação é de Max Weber, mencionada por Luiz Guilherme Marinoni (*Op. cit.* p. 32): "O direito *formalmente irracional*, não controlado pelo intelecto, avesso a padrões gerais e, insensível aos argumentos das partes, é o direito da época em que as decisões derivam de revelações feitas mediante o oráculo. No direito *substancialmente irracional*, as decisões operam mediante critérios fundados em considerações práticas e éticas sobre cada caso. A "justiça do Cádi" é o exemplo de direito materialmente irracional. Weber compreendia "justiça do Cádi" como um conceito mais amplo que o de justiça administrada pelo juiz muçulmano local. Na sua visão, tal conceito representava a ideia de julgamento feito de acordo com o próprio senso de equidade do juiz e sem qualquer consideração das regras. No direito *substancialmente racional*, as decisões operam mediante leis ou critérios, mas o sistema de direito, por estar ancorado num pensamento externo, fica na dependência da possibilidade da compreensão dos princípios que orientam o pensamento que lhe dá sustentação. Weber alude, no ponto, à lei islâmica e à lei chinesa. O poder teocrático e o poder patrimonial impuseram uma forma sistematizada de direito influenciada por elementos que pertencem, por exemplo, à religião e à ideologia política. Embora esses sistemas tenham relações com princípios fixos, eles se recusam a reconhecer qualquer limite ao direito e tem por fim a concretização de ideais éticos, políticos ou religiosos, o que significa uma racionalização material do direito. Ou melhor, a aderência a princípios fixos caracteriza o sistema como racional – ao contrário dos dois primeiros -, mas a ideia de concretização de valores religiosos, éticos e políticos faz supor uma racionalização material, e não formal, do direito. A quarta modalidade de direito, que se coloca em outro patamar em relação a todas as anteriores, é a do direito *formalmente racional*. Trata-se do direito moderno legislado. Os códigos civis derivados do direito romano e fundados nos ensinamentos dos Pandectistas constituem o exemplo de direito formalmente racional".

forme cunhada por Sérgio Buarque de Holanda[6], muito bem sintetiza isso. Da mesma maneira, o amoralismo complacente, brilhantemente delineado pela ironia de Machado de Assis[7], é uma marca quase que indelével da personalidade do brasileiro. É o conhecido "jeitinho brasileiro".

Carecendo de uma visão orgânica e institucional, o Poder Judiciário admite, cotidianamente, contradizer-se. É instaurado o casuísmo pleno, autorizador de condutas aleatórias no dia a dia, ante a ausência de previsão do entendimento pretoriano a seu respeito. E mais: torna-se vantajoso o agir ilícito, porque, no fim das contas, existirá sempre a possibilidade de, em juízo, obter um resultado favorável, convencendo o julgador de uma inexistente particularidade do caso concreto. Em outras palavras, tudo pode acontecer, todo resultado é possível.

2.2. A resposta do legislador de 2015: a busca de uma jurisprudência uniformizada, íntegra, estável e coerente

Esse cenário, que poderia motivar extensa explanação, levou o legislador a uma resposta expressa na lei, especificamente no **artigo 926** do novo código: "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente".

Extraem-se, daí, dois mandamentos. O primeiro ordena os tribunais a uniformizarem seu entendimento, sua jurisprudência. Na realidade, tem-se um autêntico pleonasmo, ao qual o legislador não atentou. Para compreender, é imperioso que se faça uma breve digressão conceitual.

Existe uma enorme promiscuidade na utilização dos termos jurisprudência, decisão, precedente e súmula. Sem bem estabelecer os contornos de cada uma dessas figuras, restará impreciso seu uso.

Por decisão, entende-se o produto advindo da atividade jurisdicional de um dos órgãos do Judiciário. Em linhas simples, usar-se-á "decisão" para abarcar qualquer decisão, independentemente de qualquer reflexo específico, consubstanciando-se em conceito genérico.

Já o precedente, em sentido estrito, conforme entendido na *common law*, é uma decisão ao qual se soma um elemento específico: ganha valor paramétrico

6. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

7. "Para ele, a visão picaresca é substituída pela 'avacalhação' brasileira, numa sociedade onde o imoralismo, a bisbilhotice, o compadrismo, a cupidez e a covardia comandam o espetáculo. Nessa ambiência, as convenções sociais vão sendo ridicularizadas pelo amoralismo complacente, a fim de garantir o bem-estar da família e dos membros desse círculo de relações. Esse amoralismo é propiciado pelo 'jeitinho' que movimenta a maioria das ações na narrativa" (ALMEIDA, Edwirgens Aparecida Ribeiro Lopes de Almeida. *Crítica, poética e relações de gênero: uma releitura de Memórias de um Sargento de Milícias*. São Paulo: Annablume, 2008, p. 40).

para futuras decisões, do mesmo órgão ou não. Por essa razão, diz-se que um precedente não nasce como tal, mas apenas é elevado a esse nível *a posteriori*[8].

A doutrina tem traçado algumas classificações, nesse particular. Pode-se realizar uma divisão entre precedente do *ponto de vista material* (quando há interpretação operativa, isto é, reconstrução da norma pelo interprete, atribuindo-lhe significado não somente literal) e do *ponto de vista formal* (precedentes normativos formalmente vinculantes, *ex lege*)[9].

Igualmente, há a distinção entre precedente *declarativo* (no qual ocorre a mera aplicação de norma que já constitui Direito, ou seja, fora anteriormente construída pela interpretação pretoriana em casos anteriores) e precedente *criativo* (em que, naquele julgado, há a criação do Direito onde não existia – o que é possível mesmo na *civil law*, em hipótese de lacuna legal, por exemplo)[10].

8. "Não sei se essa mudança cultural nos aproximará ou não do common law, visto que, nesse sistema, os precedentes são resultantes de uma evolução jurisprudencial que se dá numa pirâmide invertida e, como tal, são 'descobertos' e aplicados com as técnicas adequadas. Em nosso sistema, ao revés, a criação do precedente vinculante será deliberada e destinada à aplicação vertical, em ambiente jurídico que desconhece ou não utiliza a técnica de distinção entre ratio decidendi e obiter dicta. É que, entre nós, os precedentes judiciais têm sido utilizados de forma diversa, com caráter marcadamente retórico, quase sempre como argumento de autoridade. É relativamente recente a inserção de precedentes vinculantes em nosso sistema" (CUEVA, Ricardo Villas Boas. Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016. p. 315).

9. Embora, pessoalmente, discorde quanto ao fato de todos os precedentes do artigo 927 serem formalmente vinculantes, transcreve-se o posicionamento de Hermes Zaneti Jr. e Carlos Pereira, com precioso exemplo prático: "Todas as vezes que houver interpretação operativa, abrir-se-á a possibilidade para a formação de um precedente (do ponto de vista material). Essa decisão, desde que se enquadre nas hipóteses qualificadas como vinculantes pelo art. 927 do CPC/2015, será considerada um precedente normativo formalmente vinculante (do ponto de vista formal). Em sentido contrário, quando a norma for simplesmente aplicada, sem qualquer reconstrução do seu conteúdo, é a lei ou o precedente anterior que será aplicado. O mesmo ocorre quando o leading case é aplicado sem alterar seu conteúdo normativo, a nova decisão com base no precedente não é ela mesmo um precedente, mas apenas uma decisão judicial. Para melhor ilustração, exemplificaremos um caso de interpretação operativa. O art. 700 do CPC/2015 prescreve que a ação monitória será ajuizada com base em "prova escrita", um termo vago que impõe ao juiz proferir uma decisão diante desta dúvida interpretativa. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu através de precedentes que o contrato de abertura de conta corrente acompanhado de extrato bancário e o cheque prescrito constituem exemplos de prova escrita, inclusive, sumulando o entendimento para melhor divulgação da decisão (Súmulas 247 e 299). É exatamente nestes casos em que serão consolidados precedentes visando estabelecer o que é e o que não é uma prova escrita". (Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016. p. 380).

10. "Denomina-se declarativo o precedente que tão somente reconhece e aplica uma norma jurídica já existente, ao passo que o precedente criativo se traduz naquele que cria e aplica uma nova norma jurídica. Assim, entende-se que no primeiro caso (precedente declarativo), a norma é aplicada porque já constitui Direito, enquanto que no segundo (precedente criativo), a norma se transforma em Direito para o futuro, pois é agora aplicada. Vale notar, ainda, que o precedente declarativo, sobretudo, nos sistemas jurídicos onde a imensa maioria das questões já se encontram reguladas por atos do Legislativo ou mesmo por decisões judiciais anteriores, se vê em prática mais comum,

Ulterior classificação diria respeito à força vinculante dos ditos precedentes. Alguns o delineiam em três níveis: o primeiro, vinculação fraca, diz respeito apenas à sua eficácia persuasiva; o segundo, vinculação média, se refere aquelas decisões que possuem reflexos externos, inclusive para a Administração Púbica, possibilitando facilitação de procedimentos e sua redução (exemplo: as súmulas que autorizam o julgamento monocrático pelo relator). Por fim, a vinculação forte, ou vinculação propriamente dita (como utilizada neste texto), é a obrigatoriedade de os órgãos inferiores decidirem de igual maneira, sob pena de desobediência e ensejamento da reclamação[11].

Outros[12] preferem realizar a divisão entre precedentes meramente persuasivos (idênticos aos de vinculação fraca), precedentes relativamente obrigatórios (que, excepcionalmente, o Judiciário poderia deixar de aplicar, caso exista razões para tanto[13]) e absolutamente obrigatórios (que devem ser seguidos, invariavelmente).

Enquanto isso, jurisprudência é o conjunto de decisões de um determinado órgão ou de um tribunal que revela sua maneira de decidir. Exige, pois, uma atividade reiterada, gerando segurança jurídica. Ou seja: uniforme. Assim, o *caput* do artigo ora analisado acaba por ser repetitivo, porque, para se ter uma jurisprudência propriamente dita tem que se ter uma jurisprudência uniforme. Senão, não é jurisprudência, são decisões.

Súmula, por sua vez, consiste em um enunciado, geralmente sintético, que externa uma tese oriunda da jurisprudência de um tribunal. Eventualmente, podemos perceber que essa última parte do conceito não é observada, havendo a edição de verbete[14] sumulado sem um profundo amadurecimento (ao menos, cronológico) da questão no tribunal.

restando às decisões judiciais novas apenas declarar dito Direito preexistente. Por outro lado, os precedentes criativos possuem uma importância ímpar, já que procuram criar o Direito onde ele ainda não existia, não obstante serem menos frequentes nos mais variados sistemas jurídicos. Não obstante as particularidades, ambos os precedentes são fontes do Direito, cada qual dentro de suas peculiaridades aplicativas" (JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016. p. 352).

11. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 697-699.

12. JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. *Op. cit.*, p. 353.

13. Para Victoria Iturralde Sesma, em dois casos: ser contrário ao Direito (viole norma preexistente) e ser contrário à razão (*El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995. p. 231).

14. É sempre precioso retomarmos o purismo de análise de José Carlos Barbosa Moreira, que criticava, com razão, o uso do termo "súmula" como é feito hoje: "...a palavra 'súmula' sempre se empregou – em prefeita consonância com a etimologia e os dicionários – para designar o conjunto das proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal, a começar pela Corte Suprema, onde ela foi criada, em 1963, sob a denominação correta de Súmula da Jurisprudência Predominante (no singular), com a qual se incorporou ao Regimento Interno. Agora, ela aparece no texto constitucional emendado com referência a cada uma daquelas proposições, consoante

Como dito, esses conceitos são desconsiderados, em regra. O próprio legislador não foi extremamente rigoroso, utilizando "precedente", muitas vezes, como um gênero, do qual seriam espécies a decisão e o precedente em sentido estrito[15]. É o que se pode chamar de precedente *lato sensu*[16].

No Brasil, algumas decisões já são construídas com vistas a influenciar casos futuros, como sucede na fixação de teses em sede de recursos especiais repetitivos, recursos extraordinários com repercussão geral e do incidente de resolução de demandas repetitivas. Tal categoria, batizada de casos repetitivos, pelo **artigo 928**, imediatamente gera efeitos em um grande número de feitos sobrestados, inaugurando um autêntico precedente à brasileira.

O modelo desenhado é diferente, portanto, do que existe na common law. Mas, não se pode dizer que é necessariamente errado. A bem da verdade, cada país tem uma conjuntura jurisdicional que demandará soluções próprias e o atual estado de contencioso de massa nacional justifica, em alguma medida, a opção do legislador.

Não se pode, com isso, deixar de lado a qualidade da prestação do Judiciário. O próprio código, atento ao risco, delineou à exaustão o princípio da motivação das decisões judiciais, no artigo 489 §1°, cujos incisos V e VI se destinam precisamente à aplicação de precedentes (*lato sensu*, aparentemente)[17]. É imperioso, agora (como se antes não o fosse), fazer um *link* entre o precedente e o caso concreto, impondo verdadeiro ônus argumentativo[18] para o magistrado.

As maneiras de o tribunal "uniformizar sua jurisprudência (sic)" são variadas. O próprio artigo 926, em seu parágrafo 1°, explicita uma: a edição de

ressaltar o teor do novo art. 103-A e também o art. 8° da Emenda que alude às atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A emenda constitucional n° 45 e o processo. In: *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 165-178, jan. / jun. 2006. p. 170).

15. Na verdade, podemos imaginar que o legislador reformador agiu bem na nova redação do artigo 988, inciso IV, ao retirar o termo "precedente", mudando de "garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de *precedente* proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência" para "garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência" (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016).

16. Não raras vezes, na prática forense, utiliza-se o termo "precedente" para referir-se a uma mera decisão qualquer, mesmo que isolada e não confirmada. Ou seja, verdadeiro antônimo do termo como entendido na *common law*.

17. "Art. 489 § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

18. STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. Comentário ao artigo 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1207.

enunciados de súmula[19], conforme dispuser o regimento interno – o que, atualmente, sabidamente já acontece.

Nessa tarefa, os referidos tribunais devem se ater "às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação" (parágrafo 2°). O dispositivo pode causar espécie, em um primeiro momento, porque, como dito, no Brasil os enunciados de súmula são breves e diretos, praticamente representando um comando genérico e abstrato, a exemplo das leis[20].

Seguramente, não intentou o legislador que os enunciados passem a conter peculiaridades do caso concreto que os motivou, mas sim que esse precedente *stricto sensu* seja considerado na aplicação da súmula. A lei falou menos do que gostaria (*lex dixit minus quam voluit*), ou, pelo menos, falou mal.

Quer-se, desse modo, dizer que a súmula deve ser considerada como um precedente, de forma que não se a reduza a uma frase em abstrato, senão a um entendimento do tribunal. O enunciado da súmula é um texto e, como se sabe, este não se confunde com a norma dele retirada – tal atuar, extraindo a norma do texto, deve se imiscuir na origem fática daquele enunciado, ou seja, o caso concreto precisamente julgado[21].

Na prática, portanto, o que, dentro daquele precedente julgado, deverá ser levado em conta em casos futuros? Como se dará esse *backward-looking effect*? A resposta é dada pelos países da common law: será a *ratio decidendi*, chamada de *holding* pelos norte-americanos – enfim, a razão de decidir, os fundamentos efetivamente decisivos para aquele *leading case*[22].

Somente assim evita-se a aplicação *self-service* do caso paradigma, sendo fiel ao originariamente decidido[23]. Poderá, de resto, existir uma pluralidade de *rationes decidendi* em um mesmo caso, capazes de, em feitos futuros, individualmente bastarem para construir a ponte até o precedente.

19. É curioso como o próprio código utiliza, por vezes, a expressão "enunciado de súmula", como no presente artigo, e, por outras, fala em "súmula", somente.

20. Por vezes, aliás, são verdadeiras leis, em sentido material, porque efetivamente inovam na ordem jurídica, violando a separação dos poderes de maneira clamorosa. Veja-se o caso do enunciado 231 da súmula do STJ, que, ao arrepio do princípio da legalidade penal estrita, contraria o artigo 65 do Código Penal – e, o pior, em desfavor do réu.

21. A alerta também foi feita pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, conforme enunciado 166: "A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente".

22. "São nas razões que os juízes dão para justificar suas decisões que devem ser buscados os precedentes" (BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. Editora Noeses: São Paulo, 2012, p. 270).

23. "É preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade" (NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Precedentes? significados e impossibilidade de aplicação self service.* Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service>. Acesso em: 30 jun. 2016).

A mesma lógica associativa deve servir para o uso de outros precedentes, como as decisões em casos repetitivos, outro instrumento fulcral na nova dinâmica perseguida: caberá ao tribunal, administrativamente, prontamente agilizar a afetação de casos repetitivos ao órgão fracionário eleito para o julgamento dos processos-modelo, de onde nasce a pacificação da questão no âmbito local.

O comando assevera, ainda, que a jurisprudência deverá ser estável, íntegra e coerente[24]. Nada mais são do que requisitos para uma autêntica jurisprudência. Até porque como se poderia considerar uniforme um conjunto de decisões que não seja estável? Rapidamente perder-se-ia aquela característica. Em definitivo, em existindo posição acerca de determinado tema no âmbito do tribunal, deverão seus órgãos fracionários observá-los[25].

Outrossim, um tribunal que não se mostre íntegro[26], isto é, uno, do ponto de vista das decisões proferidas por seus órgãos não possui, na essência, uma jurisprudência, porque, como visto, esta é a exposição, reiterada e estável, do posicionamento de um tribunal acerca de uma questão jurídica. Se cada parte deste tribunal entende de uma forma diferente idêntico problema de direito, não se pode afirmar que o tribunal, institucionalmente, tenha um posicionamento.

Igualmente, a coerência se relaciona com os demais atributos, estando particularmente direcionada para o drama do casuísmo. O legislador quis mandar uma mensagem aos julgadores: que tratem casos iguais da maneira igual, isonomicamente. E mais: que um posicionamento seu, ao servir de premissa para solucionar outro caso jurídico, seja considerado da mesma maneira que no precedente.

É uma questão bastante cultural, portanto. Urge o nascimento de uma visão global do Judiciário, e não como uma constelação de agentes isolados, que agem, cada qual, conforme um entendimento pessoal[27]. Não se quer com isso

24. Nesse ponto, a Câmara ampliou a redação vinda do Senado, onde apenas constava a exigência da estabilidade.

25. Enunciado 316 do FPPC: "A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários".

26. Por mais essencial que se mostre a integridade para que se forme uma jurisprudência, percebe-se que essa virtude se ausenta, não raro, mesmo no Superior Tribunal de Justiça, cuja função, ironicamente, é uniformizar a interpretação de lei federal. Em vários casos, após a fixação de uma tese por uma de suas seções, uma das turmas a ela subordinadas acaba por decidir contrariamente. Veja-se, por exemplo: julgado da 2ª Seção, em sede de recurso repetitivo (REsp 1.345.331-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 8/4/2015), contrariado posteriormente pela 3ª Turma (REsp 1.442.840-PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 6/8/2015).

27. "Ao se ter presente que, na estrutura do Poder Judiciário, Juízes, Tribunais e Cortes Supremas têm funções distintas, sem que qualquer delas interfira na outra, torna-se natural e racional o respeito de um órgão judicial pelas funções dos outros. Como é óbvio, não há motivo para os Tribunais de Justiça, por exemplo, sentirem-se sem autoridade ou liberdade para julgar, por terem que observar um precedente do STJ, quando têm consciência de que não lhes cabe atribuir sentido ao direito, mas apenas resolver os casos conflitivos de acordo com o direito, inclusive com o direito pronunciado pelas Cortes Supremas" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.* p. 109).

extirpar o livre convencimento motivado, mas adequá-lo aos novos ditames processuais, possibilitando uma prestação jurisdicional efetiva e justa.

Importante ficar claro que todas as virtudes enunciadas pelo artigo 926 são corolários do princípio da segurança jurídica. Em última análise, se o tribunal não uniformiza seu entendimento, não o mantém de maneira consistente ou não o leva a sério, deixando de observá-lo em casos futuros, inexiste previsibilidade mínima para o cidadão.

Com isso, advêm efeitos até mesmo exoprocessuais: é notável que, em existindo uma quase-certeza acerca da decisão que se obteria no Judiciário em um caso tal, a conciliação e a mediação poderiam se mostrar caminhos realmente mais concretos e palatáveis[28]. Enquanto, porém, um processo judicial representar uma loteria, com possibilidades para todos os lados, não raro será mais interessante arriscar.

2.3. O rol do artigo 927: precedentes vinculantes?

O **artigo 927**, seguinte, enuncia que os juízes e os tribunais observarão determinadas espécies de decisões, em sentido amplo. O legislador elencou cinco incisos, mas, antes de examiná-los isoladamente, há que se deter um pouco no breve *caput*.

Diversas vozes vêm se pronunciando no sentido de, após o advento desse dispositivo, todas as espécies de provimentos nele previstos terem se tornado automaticamente vinculantes. Com todas as vênias, não consigo extrair do comando tamanha repercussão.

Compreende-se que, enxergando as cortes superiores como cortes de precedentes, cuja função precípua seja tutelar o direito objetivo, a maneira como compreendem as questões de direito devem ser replicadas pelos órgãos *a quo*[29].

28. É a lógica externada pelo brilhante Marcelo Mazzola: "E o que isso tem que ver com a mediação extrajudicial? Tudo. Quanto mais entendimentos forem consolidados pelos tribunais, maior é a probabilidade de que as próprias partes busquem a mediação extrajudicial. Um horizonte menos nebuloso alarga o canal do diálogo. Até porque, sabendo da posição jurisprudencial favorável, o autor, de um lado, evitará a judicialização automática, especialmente diante dos altos custos e da demora do processo, e, de outro, o réu, ciente de sua posição desconfortável, se engajará para solucionar o impasse, ampliando o espaço para soluções criativas" (*Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais?*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239654,31047-Qual+a+relacao+entre+mediacao+extrajudicial+precedentes+e+negócios>. Acesso em: 30 jun. de 2016).

29. "Lembre-se de que ao Judiciário podem ser reconhecidas duas funções básicas, a resolução de conflitos (*resolution of disputes*) e o desenvolvimento do direito ou enriquecimento das normas jurídicas (*enrichment of the supply of legal rules*). Cabe aos juízes e tribunais de apelação a primeira tarefa, e às Cortes Supremas, a segunda. Isso significa que, enquanto perante os tribunais de apelação importa especialmente o desejo do litigante de ver bem solucionado o caso, diante das Cortes Supremas espera-se a aderência das soluções jurídicas à realidade e à cultura sociais, ou seja, a emissão de decisões capazes de atribuir ao direito um sentido conforme às necessidades da vida das pessoas. Não é por outro motivo que as decisões, quando resolvem litígios, interessam

Haveria uma reflexa obrigatoriedade de se observar tais decisões (e se há obrigatoriedade, há vinculação, ao menos *interna corporis* do Judiciário).

Sucede, contudo, que não é isso que acontece no Brasil, ainda hoje. Os próprios tribunais de vértice não se colocam dessa maneira, identificando claramente alguns provimentos que vinculariam outros órgãos (fora daquele processo, evidentemente) e outros que não. É a clássica dicotomia entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, ao qual o Supremo Tribunal Federal não atribui efeitos exoprocessuais[30].

Evidentemente que o tema é instigante e merece motiva uma considerável reflexão sobre os papéis a serem desempenhados pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça – o que demandaria quiçá uma reforma constitucional. Porém, como queremos focar nas modificações operadas pelo novo código no sistema pátrio, é imperativo aceitar que o dispositivo, *de per si*, não gera a revolução pretendida por alguns.

Na realidade, beira o absurdo imaginar que existe alguma novidade em um artigo de lei que manda os julgadores observarem determinados posicionamentos pretorianos. Ora, parece que nosso Judiciário chegou a um nível tal que cada juízo, isoladamente, pode ignorar o que os demais, inclusive superiores a si, entendem sobre o direito. Analisando as hipóteses específicas, o absurdo afigura-se ainda mais claro.

O primeiro inciso traz as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Duas conclusões emergem.

Inicialmente, o legislador mencionou apenas as decisões em controle concentrado. Fez questão de esclarecer, quando poderia, perfeitamente, ter se limitado a afirmar controle de constitucionalidade, caso quisesse efetivamente considerar toda decisão do Supremo em matéria constitucional, ou ao menos em análise de constitucionalidade, vinculante. Não o fez.

E, dessa forma, acabou por dizer o óbvio: desde a Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 102 § 2º da Constituição atribui eficácia vinculante e contra todos (*erga omnes*) às decisões mencionadas (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). Em definitivo, não será o Código de Processo Civil a inaugurar ou sequer atribuir esses efeitos. Poderia ter silenciado, e nada mudaria.

A segunda previsão diz respeito aos enunciados de súmula vinculante. Se aplica idêntico raciocínio quanto ao artigo 103-A da Carta Constitucional.

às partes (*res judicata*) e, quando atribuem sentido ao direito, interessam à sociedade (*ratio decidendi*)" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 290-291).

30. Acerca do recente posicionamento do STF sobre a execução provisória da pena: "O ministro Celso de Mello diz que, apesar de a decisão do Plenário ter sido por maioria de sete votos a quatro, não tem efeito vinculante e dizia respeito ao caso concreto que estava sendo analisado. 'Os juízes e tribunais da República poderão perfeitamente entender de forma diversa'" (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>. Acesso em: 30 jun. 2016).

Esses dois primeiros incisos mencionam instrumentos vinculantes, em seu sentido técnico, isto é, cuja não observância ensejaria a possibilidade de apresentação de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal[31]. Ademais, ambos ostentam eficácia *erga omnes*, onde se inclui também a Administração Pública e o Legislativo, à exceção da de sua função típica de editar normas.

A terceira espécie elencada são os acórdãos em incidente de assunção de competência e nos casos repetitivos (IRDR, RE com Repercussão Geral e REsp repetitivo). O tema fica mais espinhoso, porque, a rigor, não haveria vinculação em casos tais. O próprio procedimento dos julgamentos repetitivos permitia, em abstrato, que o julgador dos feitos sobrestados divirja do decidido, entendendo por manter, motivadamente, a decisão anteriormente tomada.

Haveria, portanto, inversão nesse aspecto, pelo artigo 927? Entendo que não. Por outro lado, uma visão global do novo código permite reconhecer maior obrigatoriedade de se observar os precedentes nascidos desses casos repetitivos: é a terceira hipótese de cabimento da reclamação, prevista no artigo 988, III, a qual garante observância a acórdão proferido em julgamento de IRDR ou de IAC.

Percebe-se, assim, duas esferas com uma interseção: no conjunto de decisões a serem observadas (artigo 927, III), está o incidente de resolução de demandas repetitivas e o de assunção de incompetência, bem como no das decisões cujo descumprimento enseja reclamação. Já as decisões nos demais casos repetitivos não permitiriam o manejo desse instrumento, pela letra da lei.

Pode-se argumentar que os outros incisos do artigo 988 deixariam margem para tanto, mas há que se reconhecer que, se o legislador quisesse, teria explicitado isso. Ademais, a reforma advinda da Lei 13.256/16 sepulta a tese, porque expressamente retirou a expressão "casos repetitivos" para colocar apenas uma de suas espécies, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Qual seria, portanto, a consequência da inobservância de um entendimento fixado em recursos extraordinários repetitivos? A lei não responde, e parece que a reclamação definitivamente não é uma saída. Portanto, temos que concluir que não existiria uma vinculação prática, no âmbito do Judiciário – cabível, por analogia, aplicação da máxima segundo a qual "dever sem sanção não é dever".

O mesmo problema se apresenta para o inciso seguinte, que manda observar os enunciados de súmula do Supremo, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em temática infraconstitucional.

É importante mencionar a intenção, justificável, de parcela da doutrina no sentido de que não apenas as súmulas, mas todos os entendimentos desses tri-

---

31. Note-se, a propósito, que o atual diploma processual ampliou as hipóteses de cabimento dessa manifestação do direito de petição, em seu artigo 988, especialmente inciso III ("garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência").

bunais nas matérias de sua competência mereceriam ser vinculantes[32], haja vista que o constituinte desenhou sua missão precípua de tutela do direito objetivo[33]. De fato, do ponto de vista orgânico e da segurança jurídica, muito se ganharia.

Ocorre, porém, que o novo código não estruturou um sistema assim tão revolucionário, se aproximando tanto ao *common law*. Existe uma inegável "fetichização do common law"[34]. Nem mesmo os próprios tribunais de topo reconhecem a obrigatoriedade irrestrita de seguimento de seus entendimentos. A questão é, novamente, cultural – e, se uma lei quiser mudá-la de maneira tão aguda, deverá ser muito mais expressa.

O último tipo de decisão a ser observada diz respeito à orientação do órgão especial e o plenário do próprio tribunal do qual o órgão julgador faz parte. A intenção passa por facilitar a criação de uma jurisprudência íntegra e uniforme, de que a coerência interna do próprio tribunal é o mais basilar reflexo.

Em suma, é possível ver o artigo 927, *caput* como um comando essencialmente principiológico e programático, mas jamais uma inovação completa. Não há que se falar em precedentes nem em vinculação de todas as espécies enumeradas – o próprio código não ditou dessa forma.

Se existe alguma obrigatoriedade de seguir as decisões elencadas, ela advém do parágrafo 1° do artigo em análise, que remete o aplicador do direito ao artigo 489, § 1°, cujos incisos V e VI amarram o julgador. Para utilizar um precedente (agora, o termo é expresso) ou uma súmula, o juiz deverá fazer a relação com o caso concreto – até aí, mera manifestação do princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX da Constituição Federal).

Já quando for deixar de aplicar precedente, súmula e, nesse caso, também jurisprudência, invocados pela parte, deverá necessariamente realizar o *distinguishing* (não aplicação pela diferença entre a *ratio decidendi* do caso paradigma e o caso concreto) ou o *overruling* (superação do entendimento).

Para não deixarmos o julgador de mãos atadas, é possível imaginar que, em não sendo a decisão trazida pela parte, como exige o comando, o julgador não precisaria se manifestar sobre ela – algo que soa absurdo, institucionalmente, porém possível. E não é a única saída existente.

Note-se que o presente comando deixa margem, ainda, para o juiz entender pela superação do entendimento, o que é outro argumento contra a vinculação

32. "Além disso, é pouco mais do que evidente que não são apenas as decisões proferidas em recursos extraordinários repetitivos que obrigam os juízes e tribunais, mas as proferidas em todo e qualquer recurso extraordinário. Sem dúvida, e isso não precisa ou precisaria estar escrito no Código de Processo Civil, as rationes decidendi dos julgados proferidos em sede de recurso extraordinário têm claro e inocultável efeito vinculante" (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentário ao artigo 927. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coords.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2076).

33. XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. A eficácia vinculante no recurso extraordinário. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

34. STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *Op. cit.* p. 1192.

genérica de todos os julgamentos realizados, pois não faria sentido algum que, obrigado a seguir uma decisão paradigmática de um tribunal que lhe é superior, um julgador das instâncias ordinárias o superasse, por iniciativa própria. Seria o fim do *stare decisis* que se buscaria importar.

Uma última observação se refere à discussão quanto à constitucionalidade do artigo 927, especialmente seus incisos III a V. Aqueles que advogam a incompatibilidade desses dispositivos com a carta constitucional o fazem em razão de a lei ter criado, supostamente, uma espécie de vinculação forte (propriamente dita) sem autorização constitucional, violando a separação dos poderes[35].

Discordo de tal entender, simplesmente porque não parece existir a referida inovação. O novo código não ostenta a clareza necessária para que se instaure reflexos desta relevância. Ademais, a Administração Pública e até o Legislativo (quando possui capacidade judiciária) se submetem aos entendimentos judiciais ao figurar em uma relação jurídica processual.

Não bastasse, o Executivo tem de observar os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, dentre os quais encontramos o essencial princípio explícito da legalidade. E, se, como relatado acima, nem o juiz merece gozar de uma irrestrita liberdade ao julgar, cabendo curvar-se à maneira como as cortes superiores a si interpretam o Direito, que dizer do administrador? Soa absolutamente improdutivo e ofensivo à boa-fé objetiva que a Administração viole entendimentos pacificados na jurisprudência[36].

35. Outros argumentos de relevo foram trazidos por Hermes Zaneti Jr e Carlos Frederico Bastos Pereira: "*A fortiori*, ao conduzir a questão ao argumento *ad absurdum* de que o Poder Judiciário passará a 'legislar', esta parcela da doutrina acaba por autofragilizar o próprio argumento de inconstitucionalidade do art. 927, porque se assim for o mesmo raciocínio deverá ser aplicado às súmulas vinculantes, pois se as normas previstas no CPC/2015 são inconstitucionais, também seriam aquelas instituídas por emenda (constituinte derivada) já que igualmente passíveis de controle de constitucionalidade. Nem mesmo no controle de constitucionalidade o juiz está legitimado a legislar, a expressão 'legislador negativo' não traduz a função 'legislativa' do tribunal. No Brasil, a consolidação do modelo de precedentes vigente no CPC/2015 não é obra do acaso, mas fruto de uma evolução quanto à percepção gradativa de que o paradigma científico vem mudando, e já é outro. A Constituição Federal de 1988 e a sua força normativa definitivamente constitucionalizou o modelo processual brasileiro, revolucionando a teoria das normas com a normatividade dos princípios e as técnicas legislativas com a previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que exigem concreção do aplicador da norma jurídica, isto é, 'um conjunto de atos tendentes a preencher, valorativamente, as normas, atribuindo-lhe sentido diante do caso concreto'. O legislador foi paulatinamente percebendo esta mudança e iniciou um movimento de 'recepção mitigada do *stare decisis*' ao alçar a jurisprudência a patamar de fonte primária do direito junto à legislação, o que se vê, principalmente, com a adoção de súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional 45/2004, mas também com diversas alterações no CPC/1973. A nova legislação processual nada mais é que o produto consolidado deste processo de maturação da teoria da interpretação e evolução da teoria do direito, rompendo definitivamente com o caráter persuasivo da jurisprudência ao estabelecer a vinculação formal e normativa dos precedentes judiciais (art. 927)" (*Op. cit.*. pp. 382-383).

36. Um caso caricatural diz respeito à necessidade de prévio pleito administrativo, junto ao INSS, para que se possa ajuizar pedido. Uma das exceções para tal demonstração do interesse de agir é,

2.4. A alteração da jurisprudência

O artigo 927 se preocupou, em seu parágrafo 2°, em permitir a participação social de modo particularmente relevante nos momentos de modificação de tese sumulada ou construída em julgamento de casos repetitivos. Pode-se incluir, também, ante a *ratio* do dispositivo, o incidente de assunção de competência.

Desse modo, a segurança jurídica é tutelada, porque será guardada maior solenidade nos procedimentos de modificação de um entendimento estável, bem como o princípio da participação, um dos motes do código (tanto na relação jurídica processual, com o contraditório participativo e o princípio da cooperação do artigo 6°, como com a ampliação da possibilidade de incidência do *amicus curiae*, com a norma genérica do artigo 138).

Passa a haver, ademais, previsão expressa da modulação da jurisprudência, de maneira inédita[37]. Sabidamente, no caso do controle concentrado de constitucionalidade, havia já norma sobre o tema, mas não de maneira generalizada, como a presente. O legislador precisou falar (e é bom que o tenha feito, porque assim desaparece o espaço para dúvidas doutrinárias quanto à sua possibilidade).

O instituto não deve causar espécie. Afinal, nosso sistema de precedentes é bastante *sui generis*, permitindo que um julgado já surja com essa "etiqueta". Com isso, garante-se segurança jurídica, isonomia e estabilidade, valores perseguidos também pelo atual diploma processual, que expressamente as menciona, ao lado da proteção da confiança, no parágrafo 4°).

Em havendo mudança – ou possibilidade de mudança -, nada mais justo que o tribunal zele por essas mesmas garantias, conforme recomendarem as circunstâncias fáticas e jurídicas[38]. E, precisamente em razão do forte caráter

justamente, o fato de o ente previdenciário possuir entendimento diverso do da jurisprudência. Faz algum sentido que se negue administrativamente para, em seguida, haver o deferimento por força judicial? E, mesmo que se economize algum montante com essa nefasta prática (de impedir que alguns gozem de seus direitos e outros os obtenham, na Justiça), não deveria a isonomia falar mais alto? O interesse público primário, não restam dúvidas, deveria se antepor ao secundário – mas não é o que vem sucedendo, lamentavelmente.

37. "É possível constatar uma tímida tendência, tanto no STJ como no STF em conferir maior importância às consequências das alterações jurisprudenciais, prestigiando a segurança jurídica, a boa fé a proteção da confiança. O Supremo Tribunal Federal, já no julgamento do Ag. Reg. na ADI n. 4.071-DF, cuja Relatoria coube a o Min. Menezes Direito, demonstrou grande sensibilidade à questão atinente à alteração da jurisprudência ao afirmar que esta não é perene e que pode sofrer alteração quando apresentados argumentos mais relevantes do que aqueles que a sustentam ou quando a sociedade se depara com novas transformações sociais, econômicas ou propriamente jurídicas" (SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p. 101).

38. O enunciado 322 do FPPC serve de exemplo: "A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida".

principiológico da disciplina, mostra-se razoável que se a estenda para além das hipóteses eleitas pela lei, já bem amplas (alteração de entendimento de jurisprudência dominante do Supremo, dos tribunais superiores ou de julgamento de casos repetitivos, no parágrafo 3°, bem como enunciados de súmula e jurisprudência pacificada, no parágrafo 4°).

3. A ORDEM DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS: MINÚCIAS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS

O capítulo seguinte, por sua vez, já existia na vigência do código de 1973 (artigos 547 a 559). Por existirem numerosos comandos meramente procedimentais, elencar-se-á apenas as inovações.

3.1. O relator no Novo Código de Processo Civil

O papel do relator recebeu maior atenção por parte do legislador. Depois de ajustar detalhes como o prazo (impróprio) para elaboração de seu voto – 30 dias (**artigo 931**), o Código de Processo Civil robusteceu o finado artigo 557, desenhando extensivamente as incumbências do relator, no **artigo 932**.

O amplo rol é inaugurado pela direção do processo no tribunal, com eventual autorização e ordenação da produção probatória e homologação de acordos que venham a ocorrer após a prolação da sentença. Esta última é mais uma manifestação do código em prol da solução consensual do litígio (artigo 3°, § 3°).

A apreciação de pedidos de tutela provisória surge no inciso seguinte, positivando atuação já habitual. Nos últimos apontamentos, tem-se a decisão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a intimação do membro do Ministério Público e outras atribuições previstas no regimento interno. Tudo sem gerar maiores complicações.

Verdadeiro avanço da nova lei está nos incisos III a V, que esmiúçam a possibilidade de, monocraticamente, julgar os recursos. No primeiro, verifica-se o não conhecimento da insurgência, além das hipóteses de sua inadmissibilidade ou de estar prejudicado, também quando não impugnar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, exigência atinente ao princípio da dialeticidade recursal[39].

Igualmente será possível adentrar o mérito do recurso, seja para dar-lhe provimento ou para negá-lo. No sistema anterior, a improcedência era facilitada, sendo possível dar-lhe azo quando houvesse súmula ou jurisprudência

39. Não se trata de novidade absoluta. A Lei 12.322/10 já a havia incorporado ao CPC/73, no artigo 544, que tratava do agravo contra a inadmissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*: "Art. 544. § 4º No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: I – não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada".

dominante do próprio tribunal. Agora, o legislador criou verdadeira simetria, autorizando o julgamento monocrático positivo ou negativo nas mesmas hipóteses, utilizando como parâmetro: súmulas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão em julgamento de casos repetitivos proferido por uma das duas cortes de vértice; entendimento em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Ou seja, em suma: existência de súmula ou de julgamento de casos repetitivos (incluído aqui também o IAC, embora o artigo 928, como visto, não o tenha feito).

Trata-se de real ampliação dos poderes individuais do relator, tornando cada vez mais excepcional o julgamento colegiado *prima facie*. A solução afigura-se salutar, se utilizada com parcimônia (isto é, com real interseção entre o caso concreto que o "precedente" – *lato sensu* – paradigma). Permite-se a maior estabilidade da jurisprudência e a otimização da atividade do tribunal, embora o agravo interno seja sempre uma via aberta para levar a decisão para a turma ou câmara (na realidade, o fortalecimento da uniformidade do entendimento do tribunal levará, em abstrato, à redução do número de inúteis recursos para o colegiado).

Importante frisar que, para que haja provimento monocrático, deve precedê-lo a apresentação de contrarrazões, conforme comando legal peremptório.

Prosseguindo no tratamento dado ao relator, o **artigo 933** lida com a questão do surgimento de fatos supervenientes à decisão recorrida ou de matéria conhecível de ofício, preocupando-se com a efetivação do contraditório nesses casos, sem negociá-lo, ainda que a percepção tenha ocorrido no bojo da sessão de julgamento, que será imediatamente suspensa (parágrafo 1°).

Cumpre salientar que o aparecimento de fatos novos somente é possível caso se trata de fatos simples, isto é, não jurídicos, assim entendidos aqueles que integram a causa de pedir. Caso contrário, haveria inadmissível modificação da causa de pedir em sede recursal, violando a garantia do duplo grau de jurisdição.

3.2. O julgamento no âmbito do tribunal

Quanto à distribuição dos feitos (originários ou recursais) nos tribunais, o **artigo 930** apenas acresce a possibilidade de sorteio eletrônico (nenhuma novidade prática) e a observação da publicidade, condição básica para garantir qualquer espécie de fiscalização quanto à observância do princípio do juiz natural. Além disso, passa a existir comando expresso específico quanto à prevenção daquele relator para insurgências no mesmo processo ou em conexos.

O **artigo 935**, por sua vez, ampliou o prazo necessário, sob pena de nulidade[40], entre a publicação da pauta de julgamento e a sessão, para 5 dias (úteis,

40. Súmula 117 do STJ: "A inobservância do prazo de 48 horas, entre a publicação de pauta e o julgamento sem a presença das partes, acarreta nulidade".

ante a natureza processual, na linha do artigo 219). A exceção fica por conta do adiamento com expressa menção para a sessão seguinte.

Seu parágrafo 1° autoriza a vista dos autos em cartório no referido período, o que, para a Defensoria Pública, não implica repercussão prática, ante a prerrogativa dos artigos 44, 89 e 128, inciso VIII, bem como artigo 128, VII, da Lei Complementar 80 de 1994[41].

Percebe-se acréscimo, ainda, quanto à ordem dos julgamentos. O **artigo 936** vai muito além do artigo 562 revogado, que somente previa a prioridade do recurso cujo julgamento já houvesse sido iniciado. Doravante, a insurgência com existência de sustentação oral e o recurso com requerimento de preferência serão apreciados antes daqueles cujo julgamento tivesse sido interrompido.

Em matéria de ordenação de julgados, a propósito, o **artigo 946** reitera seu antecessor, o artigo 559 do CPC/73, esclarecendo que o agravo de instrumento será julgado antes da apelação existente no mesmo processo. O descumprimento da previsão permite, segundo autorizada doutrina[42], que o trânsito em julgado fique condicionado à manifestação do órgão julgador acerca da questão agravada.

A própria sustentação oral, a propósito, passa a ter maior tratamento legal, no dispositivo seguinte (**artigo 937**), que enumera os casos: apelação, recurso ordinário, especial e extraordinário, ação rescisória, mandado de segurança e reclamação (e o agravo interno contra decisão que extinga tais ações de competência originária do tribunal), os embargos de divergência e o agravo de instrumento contra decisões sobre tutela provisória (de urgência ou de evidência), além de outras hipóteses autorizadas pelo regimento interno ou por previsão legal específica.

O inciso VII previa a sustentação no agravo interno contra decisão monocrática em sede de recurso de apelação, ordinário, especial ou extraordinário, dando uma sobrevida à possibilidade de se reverter eventuais equívocos do relator. Contudo, houve veto de tal previsão, sob o argumento de que sucederia enorme prejuízo à celeridade processual. A economia macroscópica falou mais alto.

Há que se questionar, contudo, a razão da ausência da sustentação oral em agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutória de mérito, a exemplo do julgamento parcial de mérito do artigo 356, recorrível expressamente por meio do referido recurso. Ontologicamente, é o mesmo que uma

41. "Art. 128. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: VII – ter vista pessoal dos processos fora dos cartórios e secretarias, ressalvadas as vedações legais; VIII – examinar, em qualquer repartição pública, autos de flagrantes, inquéritos e processos, assegurada a obtenção de cópias e podendo tomar apontamentos".

42. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.3. p. 688.

apelação parcial, cabendo uma interpretação extensiva da primeira hipótese autorizadora de sustentação na sessão de julgamento[43].

Aparece, por fim, a possibilidade de sustentação oral por videoconferência, para o patrono com domicílio profissional em outra cidade, desde que faça tal pedido até o dia anterior ao da sessão.

Caso haja questão preliminar suscitada no julgamento, devendo ser apreciada antes do mérito recursal, o **artigo 938** permite que o relator (ou, em caso de sua inércia, o colegiado) converta o julgamento em diligência, para que se produzam provas eventualmente necessárias para sua elucidação.

O pedido de vista vem algo remodelado, pelo **artigo 940**: o prazo mantém-se de 10 dias, passando a haver previsão de que se trata de dilação máxima. Busca-se evitar os chamados "perdidos de vista", quando o julgador esquece, espera-se que involuntariamente, do seu dever de trazer o voto à baila.

Justamente nessa linha é que os parágrafos 1° e 2° do dispositivo permitem que o presidente do órgão fracionário traga o processo para a sessão de julgamento e, inovando em relação ao código passado, permite a convocação de substituto para votar, caso o julgador que pediu a vista ainda não se considere habilitado.

A disciplina da proclamação dos votos, aliás, vem no **artigo 941**. Duas previsões são dignas de nota. A primeira, do parágrafo 1°, que expressamente permite a modificação do voto até a proclamação do resultado pelo presidente (exceto se tiver sido proferido por juiz afastado ou substituído, logicamente).

Já o parágrafo 3° impõe real inovação. Falece o enunciado 320 da súmula do Superior Tribunal de Justiça[44], que não considerava o voto vencido como suficiente para fins de prequestionamento, em evidente jurisprudência defensiva. Agora, a lei é clara: o voto vencido integrará o acórdão para todos os efeitos, inclusive para fins de prequestionamento.

Prosseguindo, surge previsão de que, não publicado o acórdão em 30 dias, contados da sessão, as notas taquigráficas o substituirão[45], para todos os fins legais (**artigo 944**). Cumpre indagar se também assim será para fins de início do prazo recursal. Poder-se-ia argumentar que o presente comando excepciona o tratamento do artigo 224, parágrafo 3°[46], mas revelar-se-ia imprecisão, vez que o código trouxe disposição específica para o cômputo de prazos. Assim,

43. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – inovações, alterações e supressões comentadas*. 2. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Método, 2015, pp. 494-495.

44. Súmula 320: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento".

45. Antes, as notas taquigráficas poderiam prevalecer, em caso de divergiram do teor do acórdão, conforme previa, por exemplo, o regimento interno do STJ (artigo 103, parágrafo 1°).

46. "Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento. § 2° Considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. § 3° A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação".

até por medida de segurança jurídica e boa-fé processual, é recomendável que a contagem de prazos recursais não se considere como incluído na expressão "para todos os fins legais", do artigo 944.

O **artigo 945**, que previa o julgamento por meio eletrônico[47], foi rapidamente revogado, pela Lei 13.256/16. De fato, o comando revelava-se polêmico[48], sendo defendido pelos magistrados, mas repelido pelos advogados. A prática, contudo, prescinde de norma legal, conforme já entendeu o CNJ, e deve persistir em alguns tribunais da federação, a exemplo do Supremo Tribunal Federal.

3.3. A positivação da instrumentalidade das formas *versus* a jurisprudência defensiva

O surgimento de um novo código é sempre um momento adequado para que o povo (via legislador) responda a certos posicionamentos da jurisprudência, propondo sua superação[49]. Essa dinâmica é facilmente perceptível em di-

47. "Art. 945. A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico. § 1° O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento se fará por meio eletrônico. § 2° Qualquer das partes poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar memoriais ou discordância do julgamento por meio eletrônico. § 3° A discordância não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial. § 4° Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial".

48. Veja-se, por exemplo, opiniões veiculadas em notícia no portal Consultor Jurídico: "No TJ-SP, pelo menos 32 câmaras adotam o sistema. Só no Direito Criminal ainda há resistência. 'Sessão presencial é ideal para advogado que faz sustentação oral', defende a desembargadora Ligia de Araújo Bisogni, da 14ª Câmara de Direito Privado. 'O novo CPC não contemplou o julgamento virtual, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo tem resolução sobre o tema. É preciso acabar com o mito de que as partes seriam prejudicadas. Os desembargadores trocam informações e, em muitos casos, a discussão é muito mais saudável do que as que acontecem presencialmente na câmara.' (...) Sessões não presenciais já são comuns no Supremo Tribunal Federal. Pelo menos cinco outras cortes também têm regras próprias, segundo o Conselho Nacional de Justiça: os TJs de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso e Rondônia, além do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ e ES). Em setembro, o CNJ reconheceu a prática após consulta feita pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — a decisão, aliás, foi unânime e proferida pelo Plenário Virtual do conselho. 'É manifesta a conformação das sessões eletrônicas ou virtuais de julgamentos colegiados com a legislação processual vigente, seja em razão do princípio da instrumentalidade das formas, seja porque o CPC e a Lei 11.419/2006 de há muito autorizam a realização de todos os atos e termos do processo por meio eletrônico', escreveu o relator, conselheiro Carlos Eduardo Dias. 'Na atual quadra da história, a busca pelo cumprimento do princípio constitucional da razoável duração do processo passa, forçosamente, pelo uso inteligente e racional da tecnologia da informação.'" (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/julgamento-virtual-sai-cpc-continuar-tribunais>. Acesso em: 30 jun. 2016).

49. É o que se apelida de "leis *in your face*". A dinâmica foi observada no voto do eminente Ministro Luiz Fux na ADI 5105/DF: "Em outras palavras, a novel legislação que *frontalmente* colida com a jurisprudência (leis *in your face*) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte" (p. 19).

versos dispositivos da nova legislação processual, que contrariam a literalidade da súmula dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal. Mas não só: a própria postura desses órgãos julgadores de cúpula restou questionada.

É o que aconteceu quanto à chamada "jurisprudência defensiva", conjunto de entendimentos construídos pelos tribunais com a função precípua de reduzir a quantidade assombrosa de feitos ao seu julgamento, ainda que, muitas das vezes, contrariando o princípio da primazia do julgamento de mérito[50]. Nessa linha, vícios formais absolutamente superáveis acabam por ditar a extinção do processo, com ou sem resolução da lide, simplesmente para que se reduza a carga de trabalho.

Atento a isso, o legislador de 2015 ditou ao menos duas normas, no capítulo ora analisado, que se destinam frontalmente a superar essa forma de pensar e de (não) decidir.

A primeira vem esculpida no **artigo 932, parágrafo único**. Surge um autêntico dever para o relator, em verificando vício ou falta de documentação essencial, de abrir prazo de 5 dias para a parte corrigir tal problema[51], antes de o recurso ser considerado inadmissível.

O comando, aliás, dialoga com o artigo 1.029 § 3°, que se destina aos recursos para o STF e o STJ, onde os vícios formais poderão ser desconsiderados. Porém, os vícios reputados graves não gozarão da mesma "benesse"[52]. De todo modo, deve persistir a oportunidade sanatória da regra geral do artigo em comento[53].

Curiosamente, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar enunciados administrativos acerca do novo código, entendeu que o dever ora analisado apenas se aplica a recursos contra decisões publicadas após a vigência da lei. A jurisprudência defensiva está mais viva do que nunca[54]. A opção é, logicamente, criticável e atécnica, contrariando uma enxurrada de valores centrais do contexto processual pátrio.

Outra manifestação da tendência do código em ultrapassar máculas acessórias está no **artigo 938**, em especial no seu parágrafo 1°. O comando manda resolver primeiramente a questão preliminar suscitada e, em consistindo em vício sanável, cognoscível *ex officio* ou não, o relator deverá determinar (a literalidade não deixa margem para discricionariedades[55]) a renovação do ato processual, ou sua realização, se faltante.

Logo em seguida, superado o problema, prosseguir-se-á ao julgamento do recurso. Com a redação, que deverá impor uma mudança de comportamento para os julgadores, inúmeros defeitos serão ultrapassados[56], em salutar demonstração da comunidade cooperativa instaurada pelo novo Código de Processo Civil.

3.4. O fim dos embargos infringentes e a técnica de julgamento do artigo 942

Fulcral intuito do diploma ora vigente foi a redução do número de recursos, bem como das espécies recursais. É o que sucedeu com o agravo de instrumento, cujas hipóteses de cabimento agora vêm delineadas em rol taxativo (artigo 1.015), e, em especial, com os embargos infringentes, excluídos formalmente pelo legislador.

Diz-se "formalmente" porque, na essência, a persecução pretendida por esse tipo de insurgência permanece. O novo código instituiu uma "técnica de julgamento", no artigo 942, que nada mais é do que embargos infringentes *ex officio*, por assim dizer. Exclui-se o elemento da voluntariedade, essencial para a conceituação de recurso[57] (de onde se tira que o desinteresse do sucumbente é indiferente), mantendo-se o aprimoramento da decisão esperado para uma mais perfeita pacificação social[58].

---

50. BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO Jr., Humberto. *CPC/15 – fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 25-28.

51. São exemplos de vícios corrigíveis neste momento: ausência ou insuficiência de preparo (artigo 1.007 §§2° e 4°), irregularidade da representação processual (artigo 76), não comprovação de feriado local (artigo 1.003 §2°), falta de documentação no agravo de instrumento (artigo 1.017 §3°).

52. Externando preocupação com a análise a ser feita por ambos os tribunais acerca do que é "vício grave" e o que não o é, antecipam Flávio Cheim Jorge e Thiago Ferreira Siqueira: "Alias, se considerarmos a tendência dos Tribunais Superiores em criar dificuldades à admissibilidade dos recursos excepcionais, não surpreenderá se for adotada a ideia de que, sendo grave o vício, ainda que sanável, não seria possível sua correção, que estaria vedada pelo art. 1.029, §3° do CPC/15. E, nesta linha, é de se imaginar quantos defeitos não serão dessa forma caracterizado" (A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos. In: DIDIER JR, Fredie [Coordenador Geral]; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre [orgs.] *Novo CPC doutrina selecionada, v.6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 626).

53. De qualquer maneira, alguns entendimentos não terão como persistir. É o caso do enunciado 115 da súmula do STJ, que considera inexistente recurso especial interposto por advogado sem procuração nos autos.

54. Enunciado administrativo número 5: "Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016), não caberá a abertura de prazo prevista no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC".

55. Enunciado 82 do FPPC: "É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais".

56. Enunciado 332 do FPPC: "Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, §1°, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais". Enunciado 333: "Em se tratando de guia de custas e depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedido de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, §1°".

57. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 2015, p. 22.

58. "A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um" (CINTRA,

Com tão singela mudança, afasta-se a necessidade de abertura de prazo para apresentação de razões e contrarrazões, garantindo maior celeridade à tramitação do feito.

Ademais, as hipóteses de "cabimento" foram ampliadas: doravante, qualquer apelação julgada por maioria (independente de reformar a sentença ou não) será alvo da ampliação de colegiado prevista. Além desse caso, as ações rescisórias, apenas quando o resultado for a rescisão do *decisum*, e o agravo de instrumento, quando reformar a decisão que julgar parcialmente o mérito[59].

O *iter* será o seguinte: encerrado o julgamento dessas três espécies, e verificado que se coaduna à situação prevista acima, prosseguirá o julgamento, com a convocação de outros julgadores (conforme dispuser o regimento interno) em número suficiente para garantir a possibilidade de reversão do julgamento. A prioridade será que ocorra na própria sessão de julgamento (parágrafo 1°), mas, em não sendo possível, será marcado para outra sessão.

Interessante é que as partes poderão, em reflexo do contraditório, sustentar oralmente suas razões, após do que os primeiros julgadores poderão rever seus votos. Ou seja, pode ser o caso de, no bojo da técnica de julgamento, acontecer uma reconsideração da opinião dos votantes, sendo desnecessário que se convoque os demais membros do tribunal.

Com isso, o novo tratamento ultrapassa o anterior, em que o objeto dos embargos de divergência era apenas a parte não unânime do acórdão. A lei parece permitir uma completa modificação do mesmo, de agora em diante.

Alguns casos, contudo, afastam a incidência da técnica em apreço: os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas (em razão do maior amadurecimento dos votos, ante o alargado debate que os precede), a remessa necessária e os julgados não unânimes do plenário ou da corte especial (afinal, não fosse assim, haveria verdadeiro caos, haja vista a pluralidade de julgadores que envolvem).

Percebe-se, portanto, que, antes de ter superado todos os entendimentos sumulados acerca dos embargos infringentes[60], o legislador os positivos, *mutatis mutandis*. A remessa necessária, por exemplo, já afastava os embargos infringentes, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça[61], e, de igual modo, não dará azo à técnica analisada.

Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 30).

59. Existe quem sustente, por analogia, a aplicação do dispositivo a outras decisões que ostentem caráter final, como a de liquidação de sentença ou a que não acolhe a impugnação, o que dificilmente prosperará na jurisprudência (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2016, p. 1005).

60. É a opinião do FPPC (enunciado 233): "Ficam superados os enunciados 88, 169, 207, 255 e 390 da súmula do STJ como consequência da eliminação dos embargos infringentes".

61. Súmula 390 do STJ: "Nas decisões por maioria, em reexame necessário, não se admitem embargos infringentes".

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edwirgens Aparecida Ribeiro Lopes de Almeida. *Crítica, poética e relações de gênero: uma releitura de Memórias de um Sargento de Milícias*. São Paulo: Annablume, 2008.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO Jr., Humberto. *CPC/15 – fundamentos e sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A emenda constitucional n° 45 e o processo. In: *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 165-178, jan. / jun. 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. Editora Noeses: São Paulo, 2012.

CHEIM JORGE, Flávio; SIQUEIRA, Tiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos. In: DIDIER JR, Fredie [Coordenador Geral]; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre [org.] *Novo CPC doutrina selecionada, v.6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUEVAS, Ricardo Villas Boas. Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. p. 313-316. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, vol. III, 2015.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. p 343-370. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

______.Comentário ao artigo 927. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (coord.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

______; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2016.

______. *Precedentes Obrigatórios*. 4. ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZOLA, Marcelo. *Qual a relação entre mediação extrajudicial, precedentes e negócios jurídicos processuais?*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/

dePeso/16,MI239654,31047-Qual+a+relacao+entre+mediacao+extrajudicial+precedentes+e+negócios>. Acesso em: 30 jun. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – inovações, alterações e supressões comentadas*. 2. ed. rev., ampl., atual. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, Dierle. HORTA, André Frederico. *Precedentes? significados e impossibilidade de aplicação self service*. Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/30/precedentes-significados-e-impossibilidade-de-aplicacao-self-service>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: < http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madri: Civitas, 1995.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Modulação temporal da jurisprudência*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. Comentário ao artigo 927. In: STRECK, Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>. Acesso em: 18 ago. 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v.3.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. A eficácia vinculante no recurso extraordinário. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *A força dos precedentes*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WIEACKER, Franz (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?. *Revista de Processo*. vol. 257. ano 41. p. 371-388. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2016.

NOÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICABILIDADE NO CÓDIGO PROCESSUAL DE 2015

Júlio Camargo de Azevedo

Sumário: 1. Introdução; 2. Desmistificando o precedente: algumas notas fundamentais para a adequada compreensão do instituto; 3. O "microssistema de precedentes" do CPC/2015; 4. Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Conforme bastante divulgado, o Código Processual de 2015 parece caminhar definitivamente rumo a uma sistemática de precedentes judiciais vinculantes. Tal conclusão se extrai do cotejo entre os artigos 926, 927 e 489, §1°, além de outros dispositivos esparsos (ex: artigos 332 e 932, inciso IV). Persegue-se, nesta perspectiva, a concretização de valores como *segurança jurídica, isonomia, previsibilidade* e *confiança*, pedras de toque dos sistemas jurídicos pós-modernos.

Mas, afinal, do que estamos tratando quando trazemos à tona o tema "precedente"? Esta pergunta parece relevante, sobretudo considerando a vasta teorização a respeito do instituto no direito estrangeiro.

Assim, ainda que a lei brasileira tenha disciplinado o precedente de maneira peculiar (cogita-se até de uma teorização envolvendo "precedentes à brasileira"), não se pode desconsiderar a cientificidade que permeia o instituto, em especial, as inegáveis contribuições advindas dos países de tradição "*common law*" e sua vasta experiência empírica sobre o tema.

Observadas as limitações deste breve escrito, o presente ensaio pretende elucidar algumas das premissas consideradas indispensáveis à compreensão do precedente, avaliando, ao final, a proposta de direito jurisprudencial trazida pelo CPC/2015.

2. DESMISTIFICANDO O PRECEDENTE: ALGUMAS NOTAS FUNDAMENTAIS PARA A ADEQUADA COMPREENSÃO DO INSTITUTO

Antes de analisar o microssistema de precedentes judiciais instituído pelo CPC/2015, elementar definir as premissas que irão orientar as possíveis conclusões deste estudo, delimitando, assim, seu objeto.

Por óbvio, não se espera traçar as linhas mestras para uma *teoria brasileira de precedentes judiciais*, projeto audacioso demais para os limites deste ensaio. Contudo, este desafio não impede a fixação de alguns *starting points* que servirão de alicerce ao debate que ora se instaura.

2.1. Conceito

Como primeira etapa, cabe responder o que se entende por precedente. Etimologicamente, precedente deriva do latim *præcedens*, que pode ser tomado como aquilo que *antecede outro fato ou acontecimento de natureza igual ou semelhante*.[1] É, nas palavras de Duxbury, *um evento passado que serve como guia para a ação presente*.[2] Neste sentido, clássica a lição de MacCormick e Summers: "*precedents are prior decisions that function as model for later decisions. Applying lessons of the past to solve problems of the present and future is a basic part of human practical reason*".[3]

Esta acepção, apesar de revelar um sentido não estritamente jurídico do precedente, é extremamente relevante para demonstrar que seu uso não se restringe ao universo jurídico, sendo antes elemento da própria *racionalidade humana*.[4] Não se trata, portanto, de instituto exclusivo ao ambiente judiciário, firmando-se presente tanto nas esferas particulares,[5] quanto nas searas administrativas ou legislativas.[6]

1. WEISZFLOG, Walter. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2004.
2. DUXBURY, Neil. *The nature and the autority of precedents*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007, p. 1.
3. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 1.
4. Neste sentido, conferir BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial - a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
5. "Imagine a criança que insiste que não deveria usar bermudas para a escola porque seu irmão mais velho pode usar calças quando ele tinha sete anos". SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Artigo originalmente publicado na *Standford Law Review*, vol. 39, 1987. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo, *in*: *Precedentes*, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3, coord. DIDIER JR., Fredie, p. 50.
6. Vale rememorar, recentemente, a importância dada pelo Poder Legislativo ao precedente Collor/1992, frente ao *impeachment* da então Presidenta Dilma Roussef/2016.

Como relata Schauer: "apelar a um precedente é uma forma de argumentação, e uma forma de justificação (...) em inúmeras circunstâncias, fora do Direito como também dentro, o fato de algo ter sido feito antes, fornece, por si só, um motivo para ser feito de novo daquela maneira".[7]

Assim, tanto as pessoas em sua vida cotidiana quanto órgãos externos ao Sistema de Justiça costumam adotar uma sistemática de análise de casos precedentes para decidir questões afetas à sua esfera pessoal, institucional ou coletiva de atuação, o que não é diferente com a Defensoria Pública, que corriqueiramente recorre a casos precedentes para solucionar questões administrativas, correcionais ou normativas na esfera orgânica interna.

Juridicamente, porém, o termo ganha um colorido próprio. Consoante ensina Lucas Buril de Macêdo: "pode-se falar, diante da distinção esposada, da existência de dois sentidos para precedente: a) precedente pode significar toda uma decisão, sem discriminar qualquer parte dela, nesse primeiro uso quer significar algo próximo de 'caso', e abrange todo o pronunciamento do juiz; (...) b) precedente, em uma redução, pode também significar a própria norma jurídica aplicável, advinda de outro caso, a *ratio decidendi* (...) percebe-se que nesse sentido precedente significa norma jurídica".[8]

Na doutrina, o conceito de precedente judicial também não encontra pacificidade. Há quem defenda o precedente enquanto *fonte do direito*,[9] compreendido como ato decisório referência para decisões posteriores, enquanto outros o enxergam como sinônimo de *ratio decidendi*, enquanto norma extraída de parcela do julgado.[10] Alguns concluem ainda que *toda decisão judicial contém um precedente*,[11] enquanto setores argumentam a existência de *decisões sem precedente*.[12] Já se sustentou, ademais, a *inconstitucionalidade do precedente*,[13] enquanto alguns

7. SCHAUER, op. cit., p. 49-50.
8. E arremata o autor: "em sentido próprio, continente ou formal, é fato jurídico instrumento de criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões. Já precedente em sentido impróprio é norma, significado alcançado por redução do termo 'norma do precedente', que é precisamente a *ratio* decidendi, esse sentido é também o substancial". MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015*. In: *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada. Coord. Geral DIDIER JR., Fredie; org. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 274-275.
9. Por todos: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 175; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. 2ª e. Salvador: Juspodivm, 2016.
10. MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
11. MACEDO, *Reclamação fundada...*,op. cit.,p. 273-274.
12. MARINONI, op. cit., p. 156.
13. Conferir o Acórdão 810-93, Rel. Cons. Monteiro Diniz, Tribunal Constitucional de Portugal, j. 07.12.1993.

escritos elevaram-no ao *status* de *cláusula pétrea implícita*.[14] Não surpreende, portanto, o fascínio que o tema atualmente galga na academia jurídica nacional.

A título de contribuição, este autor entende que precedentes pertencem à categoria das *fontes normativas*, atuando, portanto, enquanto fonte do Direito. Consubstancia, assim, ferramenta hermenêutica que cria ou define a norma jurídica aplicável ao caso concreto, que será, por sua vez, replicada em casos futuros.

Sua vinculação (plano da eficácia), porém, dependerá das circunstâncias fáticas e jurídicas apresentadas e de sua qualidade inerente capaz de potencializá-lo normativamente. Se é verdade que *toda decisão pode, em potencial, carregar em si um precedente*,[15] necessário acrescentar: *desde que presentes condicionantes mínimos de possibilidade, validade e transcendência*.

2.2. Requisitos de formação

A segunda questão que merece ser respondida previamente diz respeito à *formação* do precedente. O tema é extremamente sensível, pois importa ao plano de *validade*, ou seja, ao conteúdo intrínseco de uma dada decisão, a ponto de fazer dela um precedente. Neste passo, considerando que toda decisão judicial pode, em potencial, carregar um precedente, faz sentido pensar nos pressupostos que a tornam distinta a ponto de enquadrá-la em referida categoria normativa.

Dentre outras circunstâncias que podem ser consideradas, chama-se a atenção para dois fatores aparentemente indispensáveis à formação do precedente: a) *a racionalidade argumentativa da decisão*; b) *a capacidade de transcendência do julgado*.

Em relação ao primeiro, faz-se referência à racionalidade expressa na decisão, de modo que, para que uma decisão se invista na qualidade de precedente, imprescindível a presença de uma *linearidade argumentativa*[16] capaz de permitir o enfrentamento técnico da questão jurídica debatida, esclarecendo linguisticamente seu conteúdo.

Por óbvio, não se está a sustentar que todo juiz promova um "tratado ponteano" a cada decisão judicial, tampouco que no exercício da atividade jurisdi-

14. FALLON JR., Richard. *Stare Decisis ante the Constitution: an essay on constitutional methodology*. New York University Review. N. 76, 2001.

15. Neste sentido: SANTOS, Evaristo Aragão, Em torno do conceito e a formação do precedente judicial. In ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.), Direito jurisprudencial, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

16. Neste sentido: THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexadre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 3ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 374; MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1239-1240.

cional devam os magistrados antever o possível uso de suas decisões enquanto precedentes, como, aliás, pretende Schauer.[17] O juiz deve estar preocupado em solucionar, com qualidade, o caso concreto a ele submetido. Trata-se de "*julgar melhor para julgar menos*", trazendo integridade, coerência e estabilidade ao Direito.[18] A extração da *ratio decidendi* é mera consequência desta tarefa, não seu pressuposto. Em outros termos: indesejável que nossos Tribunais estejam preocupados, desde logo, com a formação de precedentes, sob risco de se tornarem "Juízes Legisladores" ou "Tribunais de teses".

Não obstante, a decisão deve ainda proporcionar às partes um amplo debate sobre a questão jurídica controversa, intensificando o contraditório sobre os fatos e fundamentos jurídicos debatidos. Neste sentido, recomendável a admissão de órgãos, associações e entidades especializadas como *amici curiae*,[19] agentes pluralizadores do *thema decidendum*.

Nas palavras de Theodoro Jr., Nunes, Bahia & Pedron: "(...) um precedente que aborde todos os fundamentos, favoráveis ou contrários (dever de consideração: art. 489, §1°, IV), em contraditório amplo, com participação de *amici curiae*, oitiva de argumentos em audiências públicas e respeito a um dever de congruência entre o que se fixou (preparou) para julgamento e o que se efetivamente julgou, poderá induzir uma efetiva redução do retrabalho e, inclusive, diminuição da litigiosidade pela existência de uma verdadeira opinião da corte sobre o caso, de modo a assegurar uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (art. 926)".[20]

Por fim, deve a decisão obediência ao dever fundamental de motivação, que atualmente encontra regulamentação no artigo 489, §1°, do Código Processual 2015.[21] Apesar deste artigo não se referir expressamente ao dever de valoração

17. SCHAUER, op. cit., p. 61-68.

18. THEODORO JR.; NUNES et. al., p. 376. Também STRECK e sua Tetralogia sobre precedentes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: *http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum--commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar*. Acesso em 20/12/2016.

19. Às partes e aos sujeitos processuais – defensores públicos, promotores de justiça, advogados etc. – também são reservados papeis fundamentais na construção do precedente, que não depende unicamente da atividade jurisdicional. Neste sentido assevera CRUZ E TUCCI: "(...) nesse contexto, vem sobrelevado o fundamental papel do advogado na construção dos precedentes judiciais. Longe de constituir obra exclusiva do órgão jurisdicional, assevera Galgano, à luz da experiência prática do direito, que a produção e constante evolução da jurisprudência é fruto do esforço conjunto dos juízes e advogados". CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial*. In: *Direito Jurisprudencial*. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. Nesta toada, faz sentido refletir sobre qual papel a Defensoria Pública exercerá na formação de precedentes.

20. THEODORO JR.; NUNES et. al, op. cit., p. 376.

21. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

das provas, é possível assumir, partindo de uma interpretação sistemática do artigo 371 do CPC/2015, que o dever de motivação deve assumir verdadeira *completude*, na linha do que expõe Taruffo, abrangendo tanto a *justificação interna* (demonstração da correspondência lógica entre as premissas de fato e de direito), quanto à *justificação externa* (demonstração da racionalidade valorativa em relação às provas).[22]

Somente assim a motivação cumprirá com suas funções precípuas, tais como elencadas por Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman: "i) permite aferir a imparcialidade do juiz; ii) possibilita verificar a juridicidade e a legitimidade dos julgamentos; iii) assegura às partes meios concretos para constatar que seus argumentos foram analisados pelo órgão judicial; iv) evita o arbítrio judicial; v) delimita o âmbito do *decisum;* vi) torna possível que as partes inconformadas apresentem razões recursais, impugnando os fundamentos da decisão".[23]

Importante para os objetivos deste ensaio é demonstrar que este ônus argumentativo, ínsito ao dever constitucional de motivação das decisões jurisdicionais (art. 93, inc. IX, CF/88), além de corolário do Estado Democrático de Direito, acaba abrigando verdadeira condição de possibilidade para que determinada *ratio decidendi* seja posteriormente trabalhada sob a ótica de um precedente.

Defende-se, outrossim, que uma decisão judicial *desprovida de racionalidade argumentativa*, que *limite substancialmente o contraditório* ou que se apresente com *motivação débil, contraditória, superficial* ou *inexistente,* ainda que invocada posteriormente como tal, não poderá ser tomada legitimamente enquanto precedente, quer por falta de preenchimento dos requisitos de validade antes delineados, quer pela inviabilidade prática de surtir os efeitos racionais que dele se espera (segurança jurídica, previsibilidade, isonomia, coerência e integridade). Neste sentido, elucidativo o pensamento de Louis Fisher: "*no decision by the Court is ever final if the nation remains unsettled and seriously divided over a constitutional issue*".[24]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

22. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza.* In: Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.
23. CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Eduardo. *Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil.* In: *Precedentes.* Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. geral DIDIER JR., Fredie; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 637-660.
24. Fisher, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process.* Princeton University Press, 1988, p. 233.

Já no que tange à *capacidade de transcendência do julgado*, este fator se refere às circunstâncias textuais e fáticas que embasam a formação do precedente. Neste sentido, bastante conhecida a distinção entre texto e norma,[25] de matiz hermenêutica, que ensina ser o texto legal o mero ponto de partida da atividade interpretativa, cuja completude só encontra resultado na hipótese fática. A interpretação, neste sentido, pressupõe a aplicação, sendo a norma o *produto* desta operação.[26]

O que muitas vezes passa despercebido, entretanto, é que os textos legais apresentam diferentes *densidades normativas*, sendo possível que limites semânticos vinculem em maior ou menor medida a atividade do intérprete. Logo, quanto maior o grau de indeterminação do conceito jurídico expresso no texto legal (ex: função social, isonomia, equidade etc.), maior a permissividade de atribuição de sentido, e, consequentemente, maior o potencial de instituição de um precedente.

Por outro lado, textos com menores amplitudes normativas tendem a impedir grandes construções de sentido, restringindo o campo de atuação do intérprete (o que, apesar de não significar ausência de interpretação, aproxima a atividade interpretativa a um processo subsuntivo). Em outras palavras: algumas decisões judiciais, por melhor e mais fundamentadas que sejam, podem produzir normas jurídicas que não ofereçam grande campo de aplicabilidade a situações futuras, não vindo a constituir, posteriormente, um precedente (não no sentido aplicativo).

Igualmente, para que se possa efetivamente extrair uma adequada *ratio decidendi* de um precedente, necessário que a situação fática decidida anteriormente seja repetida no futuro, bem como seja novamente levada ao crivo do Poder Judiciário. A inviabilidade da repetição fática, a exemplo de um evento pontual e episódico, embora não exclua o precedente enquanto fonte do Direito,[27] restringe, em larga medida, sua aplicação prática.

Em síntese, para além do cumprimento dos requisitos de validade, extraídos, via de regra, da qualidade argumentativa da decisão, dos debates processuais (contraditório efetivo) e do dever constitucional de motivação, necessário que fatores fáticos e textuais favoreçam a transcendência da atividade interpretativa, sem o que dificilmente se cogitaria de autêntico precedente.[28]

25. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional.* Porto Alegre: Síntese, 1999.
26. PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid: Tecnos, 1990.
27. MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação fundada...,* op. cit., p. 273.
28. Quando todos estes fatores convergem, têm-se uma poderosa vinculação do precedente (*tôo strong and obstinate*), que se enraíza na consciência jurídica de uma comunidade, dado ao seu alto grau de integridade e estabilidade. São os chamados *precedentes pétreos* (*bedrock precedents*) ou *superprecedents*, como o caso "Marbury vs. Madison" (1803). Cf. Farber, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 Minn. L. Rev. 1173 (2005), disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1693.

2.3. Identificação, distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*)

Como referido em notas introdutórias, é árdua a tarefa do intérprete na identificação do precedente. Tal dificuldade foi bem apreendida por Duxbury, que, em comentário referente à natureza dos precedents no *common law*, asseverou: "*first, there is the fact that the distinction between ratio decidendi and obiter dicta, although important, is not easily made*".[29]

Percebe-se, em concordância com o professor da Faculdade de Londres, que a atividade envolvendo a identificação do precedente depende de uma metodologia minimamente estruturada, que comporte não só o ato de *seleção de um caso paradigma*, análogo ao que se pretende decidir, como também de *extração da norma geral*, que deve separar-se da argumentação expendida enquanto *obter dicta* (questões anexas ou laterais que não influem para o julgamento).

É fundamental perceber que quando se menciona caso análogo, não se está a defender a absoluta *identidade de circunstâncias fáticas e jurídicas* do caso anterior, o que inviabilizaria por completo uma sistemática de julgamento por precedente.[30] Elementar compreender ainda que a atividade de delimitação das razões de decidir do caso anterior irá depender do caso levado a julgamento, sendo este determinante para a extração da *ratio decidendi*.

Tal argumento reforça o posicionamento antes referido acerca da impropriedade de Tribunais se transformarem em "Tribunais Legisladores", já que não há como antecipar a utilidade e a eficácia de julgamentos passados em relação a casos futuros. Com efeito, *é o caso sub judice posterior que delimita o precedente extraído do caso anterior* e não o inverso, tornando impossível antever a delimitação de qual será a norma jurídica geral que comporá o precedente.

29. "(...) why has the concept of the ratio decidendi left legal thinkers so confounded? There seem to be six principal answers to this question; (...) first, the ratio decidendi and obiter dicta often blur into one another; (...) the second difficulty with the ratio decidendi is that in some decisions it will be impossible to locate, let alone separate from obiter dicta. For the simple fact is that not every case will yield a ratio (ex: The conclusion of the Court of Appeal in Harper v. N. C. B. was that Central Asbestos Ltd v. Dodd yielded no discernible ratio decidendi common to the majority of the House of Lords); (...) The third of our six answers as to why the concept of the ratio decidendi has proved so perplexing – is that they yield multiple rationes rather than no ratio; (...) the fourth way in which the concept of the ratio decidendi has perplexed legal thinkers concerns its coming into being. Is the ratio of a case 'the court's own version of the rule of the case' or what the case 'will be made to stand for by another later court'?; (...) the final two difficulties posed by the concept of the ratio decidendi go hand in hand. First, there is a definitional problem. So far, this issue has been skirted because 'ratio decidendi' has been taken simply to mean 'reason for the decision' or 'reason for deciding'. We will see presently, however, that this is by no means the only definition of the ratio decidendi, and that to rely on this definition alone is to risk oversimplifying the concept; (...) secondly, there is the problem of determining the ratio decidendi. By defining the ratio we settle on what to look for". DUXBURY, op. cit., p. 67-92.

30. "Nenhum evento é exatamente igual ao outro. Para uma decisão ser um precedente para outra não se exige que os fatos da anterior e da posterior sejam absolutamente idênticos. Caso isso fosse exigido, não haveria precedente para coisa alguma". SCHAUER, op. cit., p. 56.

Assim, exemplificativamente, pode o julgamento anterior conter uma ou diversas *holdings* aplicáveis ao caso presente a ser julgado. Ou ainda, é possível que a norma jurídica geral seja extraída de questão anexa ou lateral (*obter dicta*), desde que suficientemente fundamentada e transcendente. Não há, portanto, uma correlação exata ou natural entre a *questão jurídica principal* decidida no caso antecedente (determinada pela causa de pedir) e a *ratio decidendi extraída do precedente* (ex: o precedente pode ter por base uma questão incidental ou mesmo ser extraído de um voto vencido em um julgamento colegiado).[31]

Disso decorre outra conclusão elementar: *todo precedente é interpretável*. A extração da *ratio decidendi* pressupõe a interpretação, não sendo correto apontar que juízes de primeiro grau, em razão da verticalidade da eficácia do precedente estariam impossibilitados de interpretar.[32] Há, na verdade, *dupla atividade interpretativa*, afinal, interpreta-se inicialmente para extrair (a *ratio decidendi*) e interpreta-se posteriormente para aplicar (a *ratio decidendi* ao caso subsequente).

Doravante, a técnica da distinção (*distinguishing*) também se afigura relevante nesta fase de identificação do precedente. Trata-se, em síntese, da diferenciação do caso sob julgamento em relação ao caso paradigma, fundamentando-se "basicamente ao argumento de que os fatos relevantes (*material facts*) ou a lógica da decisão, de sua fundamentação (*substantive rationale*), não são aplicáveis aos fatos específicos do caso a ser decidido, por suas peculiaridades".[33]

A partir da distinção, identificam-se elementos peculiares da segunda causa levada ao conhecimento judiciário, impedindo a aplicação da mesma *ratio decidendi* ao caso concreto subsequente.

Digno de nota, referida técnica veio expressamente agasalhada no Código Processual de 2015 (embora bastante limitada pela Lei nº 13.256/2016), admitindo-se que as partes *promovam o debate a respeito da distinção de seu caso em relação ao precedente firmado pelas Cortes* (art. 1037, §§9º e 12) ou mesmo *rescindam a decisão de mérito por não observância da distinção* (art. 966, §5º). A regra volta-se também aos juízes, ao estabelecer o dever de fundamentação por distinção operada *ex officio* em caso de não aplicação de precedente (art. 489, §1º, inc. VI).

A técnica da distinção, porém, não se confunde com a ideia de superação de precedentes (*overruling*). Nesta, a proposta é a eliminação do precedente (ou

31. Aliás, quanto maior a divergência de fundamentos em decisões colegiadas, ainda que conduzam ao mesmo resultado (dispositivo), maior será a inconsistência do *decisum*, dificultando sua aplicação enquanto precedente. Esta conclusão é relevante, pois obriga os Tribunais brasileiros a repensarem sua sistemática de votação e apresentação de acórdãos, do contrário, raramente produzirão decisões capazes de se vestir com o manto do precedente.

32. Neste sentido, forçoso concordar com Abboud e Streck. Conferir: STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes - afinal do que estamos falando?* In: *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. geral DIDIER JR., Fredie; Salvador: Juspodivm, 2016, p. 175-182.

33. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes e vinculação: instrumentos do stare decisis e prática constitucional brasileira*. Revista de Direito Administrativo, v. 241, p. 177-208, 2005.

ao menos parcela dele), seja por revogação expressa pelo Tribunal, seja pela edição de texto de lei que o contrarie. Há, aqui, verdadeira superação do precedente, o que implica em sua substituição e consequente exclusão do sistema de fontes normativas.

Importante ter em vista que o *overruling* somente pode ser levado a efeito pelo *próprio Tribunal prolator da decisão que aplicou o precedente*. De outra banda, não se admite que tribunais inferiores, juízes de primeiro grau ou que as próprias partes pretendam superar os precedentes em suas decisões ou razões jurídicas. O que se permite às partes e aos órgãos jurisdicionais inferiores é que provoquem a superação do precedente, mediante a exposição de razões que conduzam ao *overruling*. Contudo, quem efetivamente realiza o *overruling* é o órgão prolator da decisão que aplicou o precedente.

2.4. Eficácia

Efeito (plano da eficácia) não se confunde com *conteúdo* do precedente (plano de validade). É uma circunstância, portanto, externa a ele, que acarreta consequências jurídicas em relação ao grau de vinculação imposto pela *ratio decidendi* ao caso subsequente.

A respeito do mote, conhecida a doutrina de Patricia Perrone Campos Mello, que define a eficácia dos precedentes brasileiros em três diferentes níveis: a) *efeito vinculante* ou *de eficácia normativa forte;* b) *efeito persuasivo;* c) *efeito intermediário, misto* ou *de relativa eficácia vinculante*.[34]

Segundo a autora, o primeiro seria lido como obrigatório, porque imbuído do chamado *binding element* responsável por vincular vertical e horizontalmente o Poder Judiciário, contando, em caso de não observância, com a possibilidade de controle via reclamação. O segundo, embora não se confunda com a *res judicata*, vincularia somente as partes, possuindo um papel orientador relevante a casos futuros. Por fim, o precedente de efeito intermediário seria aquele que, embora obrigatório na essência, não vincularia formalmente por apresentar-se destituído do controle via reclamação.

Permissa venia, não se enxerga grande utilidade na classificação proposta.

Toda a racionalidade desta sistematização parece desaguar na previsão (ou não) da reclamação como forma de controle da eficácia do precedente, deslocando o foco de análise dos *efeitos que os precedentes realmente causam ou devam causar no plano ontológico* (verdadeiro objeto de análise do plano da eficácia) para os *meios de controle previstos em face de sua não observância*. Assim, não parece coerente assumir que um precedente seja vinculante ou possua eficácia normativa forte tão somente em razão da previsão de reclamação pelo seu descumprimento (que cuida, na verdade, de opção do sistema).

34. BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro*. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/artigo--trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em 13/11/2016.

Ademais, a classificação parece desconsiderar a concepção de precedente enquanto *fonte do direito*, na medida em que condiciona sua obrigatoriedade à existência de meios de fazer cumprir a autoridade do órgão prolator. Neste sentido, o bom precedente deveria valer *per si*, independente de reclamação para coibir sua não aplicação. Ainda neste sentido, não se vê a possibilidade de *precedentes intermediários, mistos ou de relativa eficácia vinculante,* afinal, ou o precedente vincula e é, portanto, obrigatório, ou será invariavelmente persuasivo, não existindo razões práticas ou jurídicas que demandassem a criação de categoria intermediária (o que não exclui, por óbvio, os distintos níveis de incidência e aplicabilidade de um precedente).

Em análise sobre o tema, atira Lucas Buril de Macêdo: "é importante desmistificar a suposição de que, para que os precedentes sejam realmente obrigatórios, seria essencial a previsão de um meio específico para impugnar a decisão que deixa de aplicá-lo ou que o aplique em erro. (...) O precedente judicial obrigatório é *fonte do direito*, assim como a lei. Estabelecer procedimento específico e direto para forçar seu acolhimento de forma específica, além de contrariar o meio desejável para sua formação e conformação, é expediente que desfaz o propósito da própria estruturação dos processos e do sistema recursal, o que é feito de forma *autoritária* e, em um sistema que adota também a lei como fonte, *desproporcional*".[35]

Fazendo coro à lição acima ventilada, parece mais sensato classificar a eficácia do precedente em *vinculante* (obrigatória) ou *persuasiva* (orientadora), admitindo, em cada uma delas, diferentes graus e níveis de normatividade que não necessariamente demandem a criação de categorias intermediárias.

Ainda, no que toca à *eficácia interna*, isto é, a força do precedente perante o próprio Poder Judiciário, estes podem ser classificados como de eficácia *vertical* ou *horizontal*. O primeiro se volta às instâncias judiciárias inferiores, alcançando principalmente os juízes de primeiro grau. O segundo incide sobre o próprio Tribunal ou órgão colegiado prolator da decisão, indicando a "*forza persuasiva che un precedente può avere rispetto agli organi giudiziari che appartengono allo stesso livello di quello che ha pronunciato la prima decisione*".[36]

3. O "MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES" DO CPC/2015

É possível pensar um microssistema de precedentes introduzido pelo CPC/2015, levando-se em consideração os artigos 926, 927 e 928, os quais são complementados pelo princípio do contraditório (artigos 9° e 10) e pela garantia de motivação das decisões judiciais (art. 489, § 1°).

O artigo 926, neste passo, inaugura os *deveres de uniformidade, estabilidade, integridade* e *coerência* da jurisprudência. O primeiro (uniformidade), demanda

35. MACÊDO, op. cit., p. 285-287.

36. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 3, set./2007, p. 710-718.

que situações jurídicas substanciais semelhantes sejam trabalhadas de forma equivalente pelos tribunais pátrios. O segundo (estabilidade), impõe a obrigação de se conferir razoável manutenção das *rationes decidendi*, evitando que a superação dos precedentes deixe de observar o *overruling* e o dever de fundamentação. O terceiro (integridade), vincula os tribunais inferiores ao decidido pelas Cortes Superiores, bem como exige observância à historicidade do Direito[37]. Por fim, o quarto (coerência) obriga o Poder Judiciário a observar a eficácia externa de suas decisões, conferindo igualdade de tratamento às partes. Serve, ademais, como parâmetro de previsibilidade a toda a sociedade, que espera que os tribunais atuem coerentemente[38].

Cabível, ainda, relevante distinção. Muito embora estejam inseridos no artigo 927, dispositivo que também compõe o microssistema de precedentes, fato é que as técnicas de julgamento de demandas repetitivas *não constituem legítimos precedentes*, ao menos não no sentido conferido pela "*common law*", assim como não o são os *enunciados de súmula*, sejam elas vinculantes (inc. II) ou publicadas pelos Tribunais (inc. IV).

Isso porque o julgamento de teses jurídicas em abstrato, assim como enunciados desprovidos de uma base fática originária do conflito, não opera os efeitos esperados do legítimo precedente judicial, que, consoante se viu, está vinculado a um caso julgado anteriormente.

Todavia, ainda que não sejam precedentes na estrita acepção do termo, o ordenamento atual confere a eles *eficácia formalmente vinculante*, de modo a facilitar o enfrentamento da litigiosidade repetitiva. Tecnicamente, entretanto, não se deve confundir o legítimo precedente com as espécies de provimento jurisdicionais vinculantes do artigo 927 (salvo se admitirmos tratar-se de "precedentes à brasileira")[39].

Por sua vez, o artigo 927 prenuncia uma série de provimentos jurisdicionais formalmente vinculantes, os quais devem ser observados pelos juízes e tribunais de todo o país. Já o § 1° remete ao artigo 489, § 1°, o qual dispõe sobre o dever de motivação judicial, quando da aplicação da sistemática de precedentes às lides equiparadas.

O artigo 928, por seu turno, apenas reúne o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos excepcionais repetitivos como gêneros de uma mesma espécie: *técnicas de julgamento de demandas repetitivas*.

Sua maior contribuição, porém, fica por conta da explicitação feita no parágrafo único, ao dispor que o julgamento de casos repetitivos pode ter por objeto tanto questão de direito material quanto questão de direito processual. Nada impede, nesta senda, que os precedentes (926) ou que os provimentos formalmente vinculantes (927) tenham por objeto uma questão de ordem processual.

37. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
38. MACÊDO, op. cit., p. 270.
39. ZUFFELATO, Camilo. *Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais*. In: O novo processo civil – questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015, p. 89.

Estas são, em linhas gerais, as principais conclusões referentes à sistemática de precedentes do CPC/2015.

4. CONCLUSÃO

Não é demais rememorar que o CPC/2015 atribuiu legitimidade expressa à Defensoria Pública para a provocação de expedientes uniformizadores dos entendimentos jurisprudenciais, tais como o *incidente de resolução de demandas repetitivas* e o *incidente de assunção de competência*.

Assim, se antes à Defensoria Pública era relegado um papel indireto na significação das normas jurídicas, agora é possível depreender uma *atribuição principal* e *direta* na produção, interpretação e aplicação do Direito, contribuindo, assim, ao papel evolutivo e integrativo da atividade jurisdicional.

Disso decorre a estrita necessidade de uma adequada compreensão por parte da instituição e de seus membros acerca da *teoria de precedentes*, com a identificação de seus fundamentos, pressupostos, estruturação e requisitos de aplicação.

Tentou-se aqui contribuir com referido debate. Que as boas oportunidades trazidas pelo CPC/2015 envolvendo a sistemática de precedentes não sejam perdidas ou desvirtuadas pela ausência de compreensão do instituto.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro*. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf. Acesso em 13/11/2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial - a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Eduardo. *Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil*. In: *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. geral DIDIER JR., Fredie; Salvador: Juspodivm, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Parâmetros de eficácia e critérios da interpretação do precedente judicial*. In: *Direito Jurisprudencial*. Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

DUXBURY, Neil. *The nature and the autority of precedents*. Cambridge University Press: Cambridge, 2007.

FALLON JR., Richard. *Stare Decisis ante the Constitution: na essay on constitutional methodology*. New York University Review. N. 76, 2001.

FARBER, Daniel A. *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 Minn. L. Rev. 1173 (2005).

Fisher, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton University Press, 1988.

JUNQUEIRA, Gustavo; REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBEL; Daniel Guimarães. Comentários à lei da Defensoria Pública. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpretingprecedents: a comparativestudy*. Aldershot: Ashgate, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

________. *Reclamação fundada em precedentes obrigatórios no CPC/2015*. In: *Processo nos Tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. Coleção Novo CPC doutrina selecionada. Coord. Geral DIDIER JR., Fredie; org. MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade*. 2ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 3ª e. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes e vinculação: instrumentos do staredecisis e prática constitucional brasileira*. Revista de Direito Administrativo, v. 241, p. 177-208, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e a formação do precedente judicial*. In: *Direito Jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coor.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Artigo originalmente publicado na *Standford Law Review*, vol. 39, 1987. Tradução de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo, *in*: *Precedentes*, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3, coord. DIDIER JR., Fredie.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes - afinal do que estamos falando?* In: *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. geral DIDIER JR., Fredie; Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vnculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. *La motivazionedellasentenza*. In: Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Rivista Trimestrale di Dirirro e Procedura Civile, n 3, set./2007.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexadre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinad. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 3ª e. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WEISZFLOG, Walter. *Michaelis Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA COMO MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS E A PARTICIPAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

Régis Gurgel do Amaral Jereissati

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe mecanismos para o âmbito do Poder Judiciário que buscam uniformizar a posição dos tribunais. O recurso repetitivo, em sede do recurso especial, a repercussão geral, no âmbito do recurso extraordinário, assim como a súmula vinculante, demonstram essa intenção, de modo que o jurisdicionado possa ter uma previsibilidade acerca das posições adotadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF, enquanto intérprete maior da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF/1988), e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, no desempenho do papel de dar a última palavra quanto à interpretação da lei federal (art. 105, III, CF/1988).[1,2]

1. Sofia Temer traça o panorama em que se estabeleceu o "sistema de precedentes" no Brasil: "A tradição de respeito às decisões judiciais tem, no *common law*, raízes históricas, as quais exercem papel central naquele sistema jurídico. Por sua vez, o sistema jurídico brasileiro, cuja estruturação sofreu influências sobretudo da tradição do *civil law*, foi construído sobre bases um pouco distintas, notadamente quanto à importância da decisão judicial e seu caráter normativo. A tradição que se desenvolveu em especial após a Revolução Francesa procurou manter o juiz preso à lei como uma forma de estabelecer segurança jurídica, sob o pressuposto de que a lei seria unívoca e que

Tal faceta foi reforçada e ampliada[3] com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16/03/2015)[4], o qual reafirma a ideia de esta-

dela decorreria a certeza do direito. Tais premissas não encontram, hoje, sustentação. Verifica-se aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law* e, por consequência, um intercâmbio entre seus sistemas. E um dos pontos de contato mais evidente é o tema relativo à decisão judicial e sua eficácia. No sistema brasileiro, tradicionalmente de direito legislado, a crescente importância dada às decisões judiciais é de fácil constatação. Estas mudanças decorrem, dentre outros motivos: a) dos impactos do constitucionalismo, com o reconhecimento de força normativa e de supremacia da Constituição em relação à lei, alterando-se a concepção do que é direito, jurisdição e da atividade exercida pelo juiz; b) da falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando, por isso, qualquer atividade interpretativa e/ou criativa do direito. A constatação de que o texto legal admite variadas normas, que deve ser interpretado e que o juiz tem papel criativo no exercício da jurisdição evidenciaram a necessidade de abandonar dogmas do *civil law*, para buscar a segurança jurídica e a previsibilidade em outras fontes que não na lei, como na decisão judicial; c) a inflação legislativa e da inatividade do legislador; d) da crescente exigência de segurança jurídica, racionalidade, previsibilidade, uniformidade e coerência, mormente diante da explosão da quantidade de processos judiciais, muitos versando sobre as mesmas questões, entre outros fatores. Contudo, se há crescente atribuição de importância e de reconhecimento de força normativa às decisões judiciais brasileiras, não é possível ignorar que as características e consequências desenhadas para nosso sistema são distintas do que é costume observar no *common law*". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196-200.

2. Vallisney de Souza Oliveira destaca: "Em suma, apesar de ter inspirado a Comissão do novo CPC, o modelo alemão trouxe poucos elementos como contribuição para o nosso Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Na verdade, o IRDR constitui complemento de um regime trazido pela Emenda Constitucional nº 45, da Reforma do Judiciário brasileiro, donde surgiu a Súmula Vinculante e, nos termos da lei, a necessidade da relevância da matéria para os recursos extraordinários. Posteriormente, a técnica de solução para casos repetitivos foi integrada no CPC de 1973, por força da Lei nº 11.418/2006, que deu tratamento à multiplicidade de recursos extraordinários com idêntica controvérsia no Supremo Tribunal Federal, e pela Lei nº 11.672/2008, que cuidou dos recursos especiais com idêntica questão de direito para o Superior Tribunal de Justiça. Também complementam esse regime de tratamento uniforme para demandas múltiplas idênticas o denominado instituto da improcedência liminar do pedido pelo juiz de primeiro grau, sistemática existente no revogado Código de Processo Civil e mantida no novo Código, e ainda a tutela de evidência, outra novidade do CPC/2015, principalmente quando já formada a tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ou nos recursos repetitivos". OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, abr./jun. 2016, p. 65.
3. Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao fazer um comparativo entre o IRDR e o recurso extraordinário e o recurso especial repetitivos, observa que "com o incidente de resolução de demandas repetitivas, cria-se um mecanismo assemelhado, mas de extensão muito maior, que abrange as causas que correm nas instâncias ordinárias". GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 843
4. Em 30/09/2009, o presidente do Senado Federal, José Sarney, editou o Ato do Presidente 379/2009, instituindo uma comissão de juristas, Presidida pelo Ministro Luiz Fux, incumbida de elaborar em 180 (cento e oitenta) dias o anteprojeto do novo CPC. Concluída a fase de estudos, discussões e elaboração do texto, o anteprojeto foi encaminhado ao Senado Federal, onde passou a tramitar como Projeto de Lei nº 166/2010. Em 15/12/2010, o projeto foi emendado e aprovado pelo Senado Federal, tendo recebido na Câmara dos Deputados, casa revisora, como Projeto de Lei nº 8.046/2010. Em 16/06/2011, foi criada na Câmara dos Deputados uma Comissão Especial,

bilização da jurisprudência nacional, na medida em que inovou, ao criar o "Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas" (art. 976), reformulou o "Incidente de Assunção de Competência" (art. 947 e ss.) e incorporou em seu texto o recurso repetitivo na esfera do Recurso Especial e a repercussão geral no Recurso Extraordinário (art. 1.029 e ss.).

A necessidade do surgimento de tais mecanismos processuais decorreu do aumento populacional, da ampliação do acesso à informação e à educação, da expansão e uniformização das relações com a distribuição em cadeia de serviços e produtos. Tais fatores fizeram crescer, de modo significativo, o número de processos judiciais[5], com a proliferação de certas questões jurídicas pontuais em demandas com causas de pedir e pedido distintos, formando zonas de homogeneidade nas contendas heterogêneas, individuais e coletivos. Dentre os conflitos existentes, existem os de litigiosidade serial ou de massa, que tratam de litígios homogêneos individuais e coletivos, com causas de pedir e pedidos similares, e os conflitos heterogêneos, individuais ou coletivos, que possuem questões comuns.[6]

A massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos, são um problema contemporâneo. Os meios processuais, que visam resolver os casos repetitivos, decorrem dessa preocupação,[7] apresentando-se como mecanismos aptos a solucionar as questões por meio

tendo atuado como Presidente o Deputado Fábio Trad. Em 2012, o Deputado Paulo Teixeira assumiu a Relatoria Geral. Foram realizados vários debates, conferências e audiências públicas, tendo sido apresentadas 900 (novecentas) emendas pelos Deputados, apensados 146 (cento e quarenta e seis) Projetos de Lei que estavam em trâmite na Câmara e tratavam da matéria. Foi registrado pelo portal e-Cidadania (portal online para o cidadão poder participar da atividade legislativa de forma mais democrática) 25.300 (vinte e cinco mil e trezentos) acessos, 282 (duzentas e oitenta e duas) sugestões, 143 (cento e quarenta e três) comentários e 90 (noventa) e-mails. Após a aprovação do texto base e apreciação dos destaques apresentados, a Câmara dos Deputados, em 26/03/2014, concluiu a votação da redação final do projeto de lei, dando por encerrada a etapa revisora. Em seguida o Presidente da Câmara dos Deputados remeteu, conforme estabelece o parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, o projeto de lei ao Senado Federal. No dia 27/11/2014, a Comissão Temporária instituída no Senado para examinar o substitutivo da Câmara dos Deputados aprovou o relatório elaborado pelo Senador Vital do Rêgo, com o auxílio, dentre outros, do Ministro Luiz Fux. Em 17/12/2014, o substitutivo foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal. Em seguida, ele foi enviado à Presidência da República para sanção, que veio a ocorrer em 16/03/2015, transformando-se na Lei nº 13.105/2015, sendo publicada no Diário Oficial da União de 17/03/2015. Tais informações foram em parte extraídas de: ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 355, jul. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/93990>. Acesso em: 12 jul. 2017.

5. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, 2015, p. 284, maio 2015. DTR\2015\7913.
6. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 32.
7. Ibid., 2016, p. 31.

da uniformização da jurisprudência,[8] resultando segurança jurídica[9] em prol da sociedade.[10]

Não há como tutelar a isonomia jurídica quando os julgados, sobre uma mesma questão, são incoerentes entre si e os argumentos construídos pelos órgãos julgadores não atendem ao conjunto dos textos normativos que compõem o ordenamento jurídico.[11]

É inegável que a desarmonia do sistema, ante a inadequação da tutela processual, provoca uma deficiência nas relações jurídicas e impede o acesso à Justiça,[12] fazendo com que haja a morosidade na prestação jurisdicional, em especial por conta da prolação de decisões contraditórias e dos inúmeros recursos que são interpostos.[13]

Surgiu, então, a necessidade de um novo diploma normativo processual que correspondesse aos anseios sociais.[14] Procurou-se evitar a produção de decisões diferentes sobre uma idêntica questão de direito.[15] A adoção de uma mesma interpretação para as normas que integram o ordenamento jurídico é uma exigência do sistema. Viabiliza-se, assim, o desenvolvimento do Estado, na medida em que as pessoas passam a ter confiança quanto ao resultado provável a ser acolhido,[16,17] havendo uma redução dos custos sociais causados pela litigância.[18]

8. Juraci Mourão Lopes Filho, ao tratar do fortalecimento dos pronunciamentos jurisdicionais no direito, observa: "Há alguns anos, no Brasil, se verifica um considerável aumento da importância dos mais diversos pronunciamentos jurisdicionais para as atividades jurídicas e para o estudo do Direito. As recentes alterações constitucionais e legislativas corroboram comportamento que já se consolidava na prática de juristas e profissionais forenses de utilizar entendimentos pretorianos prévios (pacificados ou isolados) como principal instrumento de justificação e fundamentação de teses e pretensões". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 23.

9. Juraci Mourão Lopes Filho discorda desta posição por considerar que "Se segurança jurídica se resumir a previsibilidade de resultados em razão de um enunciado preestabelecido, os precedentes não estão em posição melhor do que as leis para garanti-la. As lições de Hart, nesse ponto, são definitivas, pois aplica sua ideia de textura aberta tanto para regras quanto para precedentes. Será inevitável, em várias situações, uma zona de incerteza para o intérprete. Em outras palavras: caso se tente buscar a ilusão exegética de previsibilidade (se 'f', então 'c'), o próprio positivismo normativista já se encarregou de mostrar sua inviabilidade". Ibid., 2016, p. 119.

10. Jamyl de Jesus Silva lembra que: "De fato, o direito não se resume à previsão normativa abstrata. Não bastam as garantias da reserva legal e da irretroatividade das leis, pois a insegurança jurídica decorre, em especial no caso brasileiro, da imprevisibilidade sobre a aplicação das normas aos casos concretos, à vida dos jurisdicionados". SILVA, Jamyl de Jesus. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil*: segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado Constitucional de Direito. 2013. 175f Dissertação (Metrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

11. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. 1ª Seção Cível, IDR nº 0328324-31.2016.8.13.0000 (1), voto do Des. Rel. Alberto Vilas Boas, j. em 15/06/2016. *Diário de Justiça*, Belo Horizonte, Minas Gerais, 24 jun. 2016.

12. Neste sentido, Sofia Temer, ao discorrer sobre as novas técnicas processuais criadas ou adaptadas pelo CPC/2015, observa: "Estes mecanismos têm em comum o fato de que, em vez de seguir o caminho da apreciação e julgamento individual e particularizado de cada um dos conflitos, adotam técnicas que permitem a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, com a posterior aplicação da decisão aos casos seriados". TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 37.

13. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS. Vigésima Segunda Câmara Cível. *Apelação Cível nº 70068799733*, voto do Rel. Des. Marilene Bonzanini, j. em 28/04/2016.

14. O Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009, que estava encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, em 08/06/2010, ao finalizar os trabalhos e encaminhá-lo ao Senado Federal, consignou: "[...] É que, aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: 'justiça retardada é justiça denegada' e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo" para então concluir que "no afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. A legitimação democrática adveio do desprendimento com que ouvimos o povo, a comunidade jurídica e a comunidade científica. O volume das comunicações fala por si só: foram 13 mil acessos à página da Comissão, audiências públicas por todo o Brasil nas quais recebemos duzentos e sessenta sugestões e a manifestação da Academia, aí compreendido todos os segmentos judiciais; da Associação Nacional dos Magistrados à Ordem dos Advogados do Brasil, perpassando por institutos científicos e faculdades de direito, as quais formularam duzentas proposições, a maior parte encartada no anteprojeto". BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 17.

16. O Enunciado nº 323 do Fórum Permanente de Processualistas Civis considera que "a formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia".

17. Fredie Didier Jr. complementa: "O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a *confiança legítima*: os jurisdicionados passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 656.

18. Douglas Antônio Rocha Pinheiro, acertadamente, pondera: "Todo este redesenho da processualística civil, intencionalmente mais coeso, uniforme e estável, tende a impactar positivamente a redução dos custos sociais da resolução de conflitos a médio e longo prazo. Para justificar tal prospecção, é preciso compreender as normas de direito como capital jurídico que pode ser objeto de acumulação, investimento ou depreciação. Quando o direito efetivamente estabiliza expectativas normativas e o Judiciário as reforça em suas decisões, há um gradual acúmulo de capital jurídico. 'Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o provável resultado de um determinado conflito, caso esse fosse levado ao Judiciário; assim, é mais fácil alocar riscos e custos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação

No entanto, não se pode negar ser a divergência de entendimento inerente ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário. Ela tem o condão de contribuir para o amadurecimento do debate e, por consequência, produzir um resultado, que, construído no decorrer do tempo, tende a ser mais acertado do que aquele advindo da primeira percepção que se teve sobre a questão. Possibilita-se, deste modo, a análise das posições contrapostas a partir do surgimento das mais diversas realidades sociais.[19]

Para a solução dessas controvérsias, instituem-se diversos mecanismos processuais, dentre os quais um sistema de precedentes[20,21] judiciais, que, com

entre os agentes'. [...] Por outro lado, a falta de estoque de capital jurídico, provocada por enunciados normativos contraditórios, sistema processual complexo ou dispersão jurisprudencial excessiva, acaba contribuindo para o aumento da judicialização dos conflitos sociais, em razão de os cidadãos não conseguirem antever o posicionamento dos tribunais. Por isso, o investimento no acúmulo de capital jurídico, que não é módico se considerados todos os gastos com a estrutura legislativa necessária para a elaboração de um novo Código de Processo Civil e com a organização judiciária exigida para uniformizar e estabilizar uma dada jurisprudência, pode, em longo prazo, não só tornar a tutela jurisdicional mais isonômica e célere, pela abreviação dos inúmeros percalços procedimentais, como inclusive reduzir as taxas de litigância, com o aumento do índice de autocomposição extrajudicial dos conflitos." PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, p. 37-38, mar. 2016.

19. O CPC/2015 exige que para a formação do precedente hajam decisões contraditórias, possibilitando a análise das teses contrastantes. A pacificação da jurisdição dá-se pela adoção de institutos cuja finalidade é uniformizar as posições existentes, evitando-se, com isso, que o Judiciário continue a analisar, por inúmeras outras vezes, a mesma questão jurídica. Sofia Temer entende que as inovações advindas deste diploma, em especial o "incidente de resolução de demandas repetitivas" e o incidente de "assunção de competência", decorrem da necessidade de reinventar o processo judicial por meio de mecanismos que buscam conferir racionalidade ao Poder Judiciário, dando estabilidade as decisões judiciais, com a adoção de um resultado uniforme as demandas em trâmite na jurisdição do tribunal que tratem da mesma questão, de modo a trazer celeridade aos processos. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 33.

20. Juraci Mourão Lopes Filho explica o que se entende por "precedente": "Deve-se considerar que precedente é uma decisão jurisdicional, mas não qualquer decisão, pois ela deve trazer um acréscimo de sentido e exercer a função mediadora entre texto e realidade. Portanto, nem todo julgado pode ser um procedente a ser utilizado no futuro para compreensão do Direito. É preciso que se atente: embora todo precedente seja uma decisão, nem toda decisão é um precedente, pois a definição deste está ligada à ideia de possível utilização no futuro por trazer uma contribuição hermenêutica e facilitar a mediação entre lei (Direito em sentido amplo) ou constituição e a realidade social em que se insere, mediante o fornecimento de experiência. Precedente, portanto, é uma resposta institucional a um caso (justamente por ser uma decisão), dada por meio de uma *applicatio*, que tenha causado um ganho de sentido para as prescrições jurídicas envolvidas (legais ou constitucionais), seja mediante a obtenção de novos sentidos, seja pela escolha de um sentido específico em detrimento de outros ou ainda avançando sobre questões não aprioristicamente tratadas em textos legislativos ou constitucionais. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Essa resposta é identificada em função não só dos elementos de fato (abstratos ou concretos) e de direito (em suas mútuas influências) considerados no julgamento e obtidos da análise da motivação apresentada, mas também dos elementos amplos que atuaram no jogo de-e-para do

o passar do tempo, precisou ser paulatinamente aprimorado.[22] Com o CPC/2015,[23] surgiu uma técnica processual, cujo objetivo é o aprimoramento do método de solução dos conflitos, com força de precedente obrigatório.[24,25]

círculo hermenêutico e que integram as razões subjacentes do julgamento. Essa resposta comporá a tradição institucional do Judiciário merecendo consideração no futuro, inclusive por tribunais superiores, pois mesmo os escalões mais elevados não podem ignorar os outros elos do sistema em rede que forma. Sua utilidade na ordem jurídica é, adicionalmente, funcional, pois elide o desenvolvimento de outras decisões a partir de um grau zero, evitando subjetivismos, economizando tempo e garantindo uma igualdade de tratamento entre casos substancialmente iguais". MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 275.

21. Alexandre Freitas Câmara assim conceitua o instituto: "Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base de formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de ouro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente*". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 425-426. Sofia Temer entende ser: "A despeito da ausência de consenso total quanto à sua definição, o termo precedente é empregado 'quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados'. Uma decisão poderá ser considerada precedente, então, se dela puder ser extraído um *padrão decisório para julgamento de outros casos*. Essa função exercida em relação aos casos julgados posteriormente é o que se classifica a decisão como precedente". TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 207-208.

22. Sidnei Agostinho Beneti, antes da edição do CPC/2015, já observava que: "Característica da macrolide é a sazonalidade, pois decorre, em regra, das alterações legislativas, regulamentações governamentais e semelhantes. Lida com matéria de direito, desfilando teses qualificadas pela mesmice. Mas exatamente por isso exige definição jurisprudencial urgente, a fim de se estabilizar orientação jurídica que norteie a prática de atos jurídicos pelos interessados. A demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação do número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. A urgência na definição impõe ao sistema processual a adoção de instrumentos capazes de conduzir ao resultado de julgamento absolutamente prioritário, a fim de que rapidamente se forme diretriz jurisprudencial que oriente o agir do meio jurídico e negocial, de modo a frustrar-se o surgimento de novas lides". BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, p. 10, maio 2009.

23. Alexandre Freitas Câmara lembra que "o direito processual civil brasileiro desenvolveu, em um longo processo evolutivo, um sistema de precedentes judiciais que culminou, do ponto de vista normativo, com a edição do CPC de 2015". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 425.

24. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 587.

25. Sofia Temer pontua: "Em primeiro lugar, é preciso perceber que há diferenças substanciais entre o sistema brasileiro – notadamente a partir do novo CPC – e o sistema do *common law*, no que se refere ao momento e à caracterização de uma decisão como precedente. Via de regra, no sistema do *common law*, quem extrai um precedente de uma determinada decisão é o órgão ou juiz posterior, por ocasião da aplicação de seus fundamentos no julgamento de caso análogo, de modo que, via de regra, não é possível falar *a priori* que determinada decisão é precedente. Por outro lado, a decisão proferida no IRDR foi feita para ser 'precedente'. O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas repetitivas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra

O CPC/2015 estabeleceu que os provimentos jurisdicionais de mérito dos tribunais devem ser coerentes, íntegros[26] e estáveis[27] (art. 926), respeitando a jurisprudência dominante, para que sejam reduzidas as divergências jurisprudenciais. Com isso, se confere previsibilidade ao jurisdicionado. Tanto assim que os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão dos processos, mas darão prioridade a certas causas, dentre as quais os recursos repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 12, § 2°, III).

Com a adoção da sistemática dos precedentes obrigatórios, viabiliza-se a promoção de um tratamento equânime a situações que, embora subjetivamente

que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgador como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada. A decisão do IRDR é 'propositalmente' precedente, e seu objetivo é declaradamente fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados, o que deve ser uma premissa indispensável para analisar-se o instituto. Essa foi a opção do legislador brasileiro, que está evidente no desenho estrutural e na eficácia projetada para a decisão proferida no IRDR." TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 201-202.

26. Alexandre Freitas Câmara destaca que: "Entende-se por jurisprudência íntegra aquela que é construída levando-se em consideração a história institucional das decisões acerca de determinada matéria. Significa isto dizer que um tribunal, ao proferir decisão sobre determinado tema, deve levar em conta toda a evolução histórica das decisões proferidas, anteriormente, sob o mesmo tema", para então concluir que "resulta, pois, do dever de integridade a exigência de que os juízos e tribunais, ao decidir, levem em consideração tudo quanto já se decidiu anteriormente sobre a mesma matéria. Consequência disso é que, por força do dever de integridade, ficam os órgãos jurisdicionais obrigados a utilizar as técnicas de distinção e superação dos precedentes sempre que isto se faça necessário para adequar seu entendimento às características do caso concreto ou à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico". CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2015, p. 431-432.

27. Lenio Luiz Streck, ao tratar destes institutos, explica: "Outro ponto importante – e que constava em minha crítica – era sobre a obrigação dos tribunais manterem a estabilidade da jurisprudência. Dizia eu, de forma contundente, que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a 'estabilidade' é um conceito autorreferente, isto é, em relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem. [...] Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas--voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade". STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 40-41, abr./jun. 2015.

distintas, são objetivamente idênticas, reforçando a ideia de segurança no ordenamento e de igualdade perante a Lei[28].

Neste trabalho, pretende-se apresentar a percepção, de uma parcela da doutrina e dos tribunais, sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência e a Reclamação. Quanto a esta última, a abordagem limitar-se-á aos elementos que são necessários a viabilizar a concretude dos dois outros instrumentos processuais.

Aborda-se, também, a função desempenhada pela Defensoria Pública no IRDR e no IAC. A exposição passa pela análise da condição de representante de uma das partes da "causa-piloto", a participação em prol de um dos sujeitos sobrestados, a atuação em defesa das suas prerrogativas e funções institucionais, bem como sua intervenção como *amicus curiae*. Examina-se, ainda, a faculdade que lhe foi conferida para participar ou não do incidente.

No âmbito doutrinário, dá-se especial atenção aos Enunciados editados pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis[29] e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM[30]. No aspecto normativo, faz-se referência à Resolução n° 235, de 13/07/2016, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, que busca padronizar os procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de Incidente de Assunção de Competência, previstos no CPC/2015.

Finalmente, cumpre observar que o IRDR, o IAC e a Reclamação terão suas conformações e delimitações definidas, em grande medida, pela jurisprudência, apoiada nas lições doutrinárias, a partir do exame das situações concretas que vierem a surgir.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR E O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC COMO MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NOS TRIBUNAIS

2.1. O Regramento Aplicável aos Precedentes

O IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos são instrumentos processuais que compõem um microssistema criado pelo CPC/2015, cujas

28. TJMA, Seção Cível de Direito Público, IRDR nº 0006411-88.2016.8.05.0000, voto da Rel. Des. Marcia Borges Faria, j. em 18/06/2016.

29. Os Encontros do Fórum Permanente de Processualistas Civis têm como objetivo discutir o Código de Processo Civil. A metodologia adotada é a de editar-se enunciados cuja aprovação dê-se por unanimidade no grupo temático e na plenária. Se houver uma única objeção justificada de algum participante, seja no grupo ou na plenária, o enunciado é rejeitado. Disponível em: <https://www.facebook.com/forumpermanentedeprocessualistascivis/?fref=nf>.

30. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM é o órgão oficial de formação de magistrados brasileiros. Os enunciados por ela redigidos buscam orientar a magistratura nacional na aplicação do CPC/2015. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>.

normas se complementam reciprocamente, pelo que devem ser interpretadas conjuntamente (Enunciado n° 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civil). Tais institutos visam à solução de casos repetitivos[31] ou questões repetitivas[32], que tenham por objeto direito material ou processual (art. 928; Enunciado n° 327 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). As matérias processuais, que autorizam a utilização de tais ferramentas, podem, nos casos concretos, se apresentarem como questões preliminares[33], prejudiciais ou principais[34].

O IRDR qualifica-se como uma das grandes inovações do CPC/2015 por pretender fixar uma tese jurídica que possa ser estendida a todos os casos repetitivos, por meio de um procedimento incidental no qual se produza um modelo de controvérsia. Por meio dele, os jurisdicionados receberão uma mesma resposta do Poder Judiciário, fator este a tornar a jurisdição previsível e a diminuir o volume processual decorrente das demandas em série[35].

De igual modo, a Lei n° 13.015, de 21/07/2014, forma um microssistema de solução de casos repetitivos (Enunciado n° 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Esta lei alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT disciplinando o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho.

O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes que a maioria dos membros do colegiado considerou, independentemente de o entendimento ter sido ou não sumulado (Enunciado n° 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Alexandre Freitas Câmara[36] observa que os *fundamentos determinantes* são a parte da decisão que possui efeito vinculante. Contudo, mesmo o CPC/2015 não os indicando com precisão, determinantes são os fundamentos da decisão judicial que tenham sido acolhidos, de modo expresso, pela maior parte dos integrantes do órgão julgador. A *ratio decidendi* diz respeito ao fundamento determinante[37]. O *obiter dictum*, entretanto, não se enquadra em tal categoria e, portanto, não possua eficácia vinculante. Deve-se aderir à fundamentação[38] constante de um precedente, o que abrange os elementos fáticos e a tese definida no julgamento[39], mas não a sua conclusão.

No processo do trabalho, para se identificar o precedente, a decisão deve conter a especificação do caso, a síntese do pedido, as alegações das partes e os fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado (Enunciado n° 162 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Em sentido contrário, os fundamentos que deixarem de ser adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador (Enunciado n° 319

31. Neste sentido: "Nesse passo, tenho como pertinente esclarecer que a partir da doutrina de abalizados autores acerca do Novo Código de Processo Civil, verifico que o IRDR, ou seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas, tem sido ovacionado como a principal e talvez a mais importante inovação do novo estatuto de ritos. Não se pode perder de vista, contudo, que o IRDR de suas alvissareiras novidades, deriva de técnicas de julgamento já existentes no CPC de 1973, cuja origem remota retrocede ao incidente de uniformização de jurisprudência. Mais modernamente, entretanto, foi o procedimento-modelo do Direito Alemão (*Musterwerfahren*) o instituto que mais influenciou o IRDR, como, aliás, se pode ler na exposição de motivos subscrita pelo presidente da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo CPC. Tem como meta o gerenciamento de demandas repetitivas, como aquelas que surgiram na Alemanha, reportadas a mais de 13 mil ações de investidores do mercado de capitais que sofreram prejuízos semelhantes ao investirem em ações de certa companhia". SÃO PAULO. TJSP, Órgão Especial, IRDR nº 0027305-03.2016.8.26.0000, voto do Des. Rel. Amorim Cantuária, j. em 27/07/2016, DJ 29/07/2016.
32. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.
33. O Enunciado 652 do FPPC dispõe: "Cada questão preliminar suscitada será objeto de votação específica no julgamento".
34. Ibid., 2016, p. 202.
35. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, v. 243, p. 283, maio 2015.
36. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 440.
37. O Fórum Permanente de Processualistas Civis adota este entendimento, tanto que editou o Enunciado nº 168 cujo teor é o seguinte: "Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais".
38. No entanto, o STF, após a vigência do CPC/15, já acentuou: "De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se aplica a teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões às reclamações ajuizadas na vigência do CPC/1973" (STF, Primeira Turma, Rcl. nº 11.473 AgR/CE, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 17/03/2017, DJe-062 div. 28-03-2017 pub. 29-03-2017) e que: "Firmou-se nesta Suprema Corte o entendimento de que inviável o manejo de reclamação constitucional para garantia da autoridade de suas decisões quando calcada na transcendência dos motivos determinantes das decisões tomadas no exercício do controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos" (STF, Primeira Turma, Rcl. nº 2.491 AgR/PI, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 02/12/2016, DJe-267 div. 15-12-2016 pub. 16-12-2016). Tal compreensão destoa da previsão contida no art. 927, do CPC/15 sem que tenha havido sua declaração de inconstitucionalidade. Assim, resta descumprida a Súmula Vinculante nº 10, editada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".
39. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 211-212. Considera que "na decisão do IRDR, o que tem eficácia vinculante em relação ao julgamento dos casos repetitivos é a tese jurídica. A tese jurídica é a norma gerada pelo tribunal em relação à interpretação, alcance ou constitucionalidade de uma determinada questão de direito. A tese compreende o raciocínio empreendido pelo tribunal para, diante de uma categoria fática, apreciar e resolver uma questão jurídica problemática, apontando para a melhor conclusão, em termos de racionalidade e universalidade. Para a compreensão da tese jurídica fixada no IRDR, portanto, é preciso identificar: a) a categoria fática em relação à qual a questão de direito é apreciada; b) o raciocínio empreendido pelo tribunal na análise dos fundamentos aventados; c) a conclusão sobre a controvérsia jurídica, apontando para uma só solução. Apenas pela análise contextualizada é que se pode compreender a tese e, assim, expandir sua aplicação aos casos que se enquadrem nessa moldura. Pensamos, então, que o termo 'tese' deve ser compreendida de uma forma ampla, compreendendo tanto os fundamentos e argumentos sopesados como a própria conclusão sobre a questão de direito (seja em relação a sua interpretação, à sua constitucionalidade, à sua incidência em relação à determinada categoria fática). Por isso, talvez seja possível afirmar que, em relação à decisão do IRDR, há um regime de estabilidade e de eficácia vinculativa do *conjunto fundamentos apreciados à luz de uma determinada categoria fática + conclusão*".

do Fórum Permanente de Processualistas Civis), assim como os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela esteja presente, não possuem efeito de precedente vinculante (Enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[40].

Uma das dimensões do dever de coerência significa a obrigação de não-contradição. Os tribunais estão proibidos de decidirem casos análogos de forma contraria as decisões anteriormente proferidas. A exceção se dará na hipótese em que a questão por ele analisada for distinta do precedente, ou se a posição até então adotada vier a ser superada naquele julgamento (Enunciado nº 455 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Por conta do dever de estabilidade da jurisprudência, os tribunais, no que se incluem seus órgãos fracionários, têm de observar seus próprios precedentes[41,42], assim como as decisões judiciais são obrigadas a respeitar os precedentes[43] do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal (Enunciados nº 453 e 316 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Não podem simplesmente abandonar ou modificar sua jurisprudência de modo arbitrário ou discricionariamente, fazendo surgir uma flutuação de entendimentos, contrariando a exigência de segurança jurídica[44].

A revogação ou alteração da lei em que ele se baseou, ou a alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida, dentre outras hipóteses, pode justificar a modificação do precedente vinculante (Enunciado nº 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). A edição de Lei nova, que se mostre incompatível com precedente judicial, faz com que qualquer juiz ou tribunal não mais o aplique, exceto na hipótese de ser reconhecida sua inconstitucionalidade, a realização da interpretação conforme a Constituição ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto (Enunciado nº 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[45].

---

40. Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, por outro lado, observam que "a súmula vinculante e a *ratio decidendi* extraída dos precedentes judiciais não se caracterizam *em si* como normas jurídicas aplicáveis por subsunção a outros casos, mas sim *textos ou enunciados normativos* que precisam ser interpretados e aplicados ao caso concreto, levando em consideração os elementos não linguísticos, isto é, o âmbito normativo constituído pelo recorte da realidade social", para então complementarem que "na realidade brasileira, a lei, a súmula e a *ratio decidendi* são *textos normativos abstratos* que preexistem à problematização do caso concreto e possuem o objetivo de resolver casos que venham a surgir *futuramente*. Por essa razão, é equivocado o entendimento de que os precedentes judiciais brasileiros possuem norma jurídica (ou, como alguns preferem, regra jurídica) a ser aplicada por simples subsunção aos casos repetitivos" ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245, p. 355, jul. 2015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/93990>. Acesso em: 12 nov. 2017.

41. Marcus Vinicius Rios Gonçalves ao discorrer sobre o art. 927 do CPC/2015, considera que "os precedentes judiciais serão úteis para reforçar as conclusões do julgador. Quanto mais reiteradas foram as decisões em determinado sentido, mais auxiliarão a demonstrar o acerto do julgamento, sobretudo quando provierem dos Tribunais Superiores", para então afirmar que "o caráter peremptório do disposto no art. 927 traz a impressão de que o legislador infraconstitucional teria criado outras hipóteses de jurisprudência vinculante, além daquelas de controle concentrado de constitucionalidade e súmula vinculante, que têm previsão constitucional (arts. 102, § 2º, e 103-A). Mas somente a CF poderia tê-lo feito. A atribuição do efeito vinculante a jurisprudência só pode provir da Constituição Federal. Por isso, parece-nos que, nas hipóteses dos incisos III, IV e V do art. 927, a atribuição de eficácia vinculante não encontra amparo na Constituição Federal". GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57-58

42. Hermes Zaneti Jr. compreende que: "Nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, grande parte das normas constitucionais explícitas ou implícitas sobre direitos fundamentais constituem princípios e regras autoaplicáveis com eficácia imediata (e.g., o art. 5.º, § 1.º da CF/1988). No direito brasileiro em particular, o ordenamento jurídico combina, historicamente, desde a Constituição Republicana de 1891, a matriz judicial do *common law* (*checks and balances, judicial review* e *remedies precede rights*) e do *civil law* (princípio da legalidade). Por esta razão, os juízes, mesmo de primeiro grau, podem deixar de aplicar leis que entenderem inconstitucionais, exercendo o controle difuso de constitucionalidade. Ora, em um país com controle difuso de constitucionalidade, para que os tribunais cumpram sua função institucional de aplicar a constituição, é necessário adotar um sistema de precedentes através da regra do *stare decisis* (que inclui a vinculação argumentativa do próprio tribunal que exarou o precedente)" ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 298, set. 2014.

43. A expressão "precedente" utilizada pelo Enunciado, em regra, representará apenas uma perspectiva do sentido que se pode atribuir à palavra. Como antes visto, para que exista um precedente é preciso haver um ganho hermenêutico por ter havido (i) a obtenção de um novo sentido; (ii) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; (iii) avanço de sentido não contidos aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 276. O IRDR propõe-se uniformizar posições jurídicas, evitando-se a instabilidade jurisdicional. Portanto, no mais das vezes, o "ganho hermenêutico" limitar-se-á a firmar uma posição como prevalente, a qual já era adotada, de modo a desconsiderar as outras possibilidades interpretativas.

44. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 427.

45. Alexandre Freitas Câmara acertadamente lembra: "Perceba-se, porém, que a superação do precedente não acarreta a rescisão do julgamento. Em outras palavras, aquela decisão que servia como precedente vinculante era, também, o julgamento de um caso concreto. Superado o precedente, não será mais aquela tese aplicada no julgamento de casos futuros, mas o caso concreto que através daquela decisão se julgou continuará submetido àquela mesma decisão. É que não se confunde a eficácia vinculante (para outros processos) de um pronunciamento judicial com sua eficácia decisional (para o caso concreto que tal pronunciamento resolve). Ressalva-se, aqui, porém, o caso – excepcionalíssimo – de um pronunciamento judicial que tenha eficácia de precedente sem julgar qualquer caso concreto. Trata-se da hipótese prevista no art. 976, § 1º (em que, instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas, ocorre a desistência da ação ou o abandono unilateral do processo, o que impede a resolução do mérito do caso concreto, mas não impede o tribunal de fixar a tese, proferindo um acórdão que terá eficácia de precedente vinculante), assim como da hipótese a que se refere o art. 998, parágrafo único, por forçado qual ocorre a desistência de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida ou que já tenha sido afetado para julgamento de recursos repetitivos, caso em que o STF ou o STJ não julgarão o caso concreto mas, ainda assim, fixarão a tese. Nesses casos, então, haverá o precedente vinculante mas não terá havido julgamento de caso concreto (e, pois, nessas excepcionais hipóteses, os tribunais

Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes[46][47] (Enunciado nº 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Quando forem precedentes que vinculem, comporão o "ordenamento jurídico", cabendo aos membros do Poder Judiciário aplicá-los, em cumprimento ao dever de integridade, de modo a decidirem de acordo com a unidade do referido ordenamento jurídico (Enunciados nºs 380 e 456 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A obrigatoriedade de o Poder Judiciário seguir os seus próprios precedentes cede espaço na hipótese de distinção entre a questão a ser decidida e aquela que se toma como paradigma, ou ainda quando houver modificação da posição até então adotada (Enunciado nº 169 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A aplicação, de ofício, de precedente vinculante, exige que o órgão julgador intime previamente as partes para que sobre ele se manifestem (Enunciado nº 458 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Isso não significa que se deva sempre conferir a mesma interpretação ao ordenamento jurídico. É possível fazer a distinção quando a situação examinada for diversa daquela que viabilizou a formação do precedente, assim como

atuarão com *tribunais de teses*, limitando-se a fixar em abstrato o entendimento a ser posteriormente observado em futuras decisões)". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 439.

46. No mesmo sentido: "Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Neste último caso, quando o precedente aplicar a lei sem acrescentar conteúdo relevante, a vinculação decorrerá diretamente da lei. Nem toda a decisão, portanto, será um precedente." ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 295, set. 2014.

47. Alexandre Freitas Câmara destaca que o sistema processual civil brasileiro conhece dois tipos de precedentes, sendo eles os vinculantes (persuasivos) e os não vinculantes (argumentativos), sendo os primeiros os mais importantes na construção do sistema pois se destinam a garantir que os casos iguais (isonomia) recebam respostas jurídicas iguais, conferindo previsibilidade às decisões judiciais (segurança jurídica). CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2015, p. 426. Por outro lado, difere da jurisprudência pois esta estabelece uma linha constante de decisões a respeito de certa matéria, permitindo que se compreenda o modo como os tribunais interpretam determinada norma jurídica, servindo de base para uniformização de entendimento a respeito de temas que se manifestam em causas diferentes. Sofia Temer complementa: "Embora a discussão e os fundamentos debatidos sobre essas questões periféricas possam ser considerados como *persuasivos* para posterior decisão judicial – do próprio tribunal ou de outros juízos, não fazem parte da 'tese' e, por isso, não têm a mesma eficácia vinculativa. Esses fundamentos e eventuais decisões sobre questões marginais não geram, por exemplo, a improcedência liminar do pedido e não autorizam o manejo da reclamação, os quais são uma consequência da eficácia vinculativa. Esta está restrita ao que foi delimitado como objeto do incidente. A distinção é importante, porque reforça a regra da correlação entre a decisão de afetação, em que há a fixação definitiva do objeto do incidente, e a decisão final de mérito, que resolve a controvérsia e fixa a tese. As decisões sobre questões fáticas, ou ainda, questões de direito que extrapolarem essa congruência, serão consideradas não vinculativas". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 214.

pode ocorrer à superação, deste quando se fizer necessário, adequando o entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico, sendo tais hipóteses expressão do dever de integridade atribuído ao julgador (Enunciado nº 457 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A decisão que deixar de aplicar o precedente, por ser hipótese de julgamento distinto, deve ser fundamentada (art. 93, IX, CF/1988). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática diversa, a impor solução fática diferente (Enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[48]. Compete a qualquer órgão jurisdicional fazer a distinção, independentemente da origem do precedente invocado (Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

48. Ao tratar da questão, Hermes Zaneti Jr. observa: "Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução *apenas* do caso concreto, mas de todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra da universalização. A defesa da regra da universalização é feita por grande parte da doutrina (Marina Gáscon, Neil MacCormick, Frederick Schauer, Martin Kriele, Michele Taruffo, Thomas Bustamante, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia). Contudo, muito embora parcela predominante da doutrina entenda que deve preponderar, para a assunção dos precedentes, a regra da igualdade, entendemos que é mais adequado defender a racionalidade dos precedentes fundada na universalização e na sua correlata consequência que é o reforço da vinculatividade horizontal. A universalização é mais ampla que a igualdade, pois além de incluir a premissa da igualdade, exige que os juízes dos casos-futuros tenham, a partir da adoção de um *pesado ônus argumentativo* decorrente da regra da universalização no caso-precedente, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando *a presunção a favor do precedente* somente se e quando o caso deva ser julgado de forma diferente por serem diversas as circunstâncias fáticas ou por ser reconhecido o erro ou a superação do caso-precedente. Assim, somente será possível afastar-se de um precedente, quando restar *superado* (*ovverruling* que justifica a *defeasability* do precedente, sua defectibilidade, seu afastamento por superação ou demonstração de que o julgamento anterior era equivocado) ou distinguido (*distinguishing*, seu afastamento por diferenciação) adequadamente o caso-atual em concreto do caso-precedente. Uma das claras vantagens de se colocar a tônica na universalização da regra resultado da aplicação do caso-precedente é a vinculação dos próprios juízes ou tribunais que tomaram a decisão (*self-precedent* ou autoprecedente). Assim como, também serão vinculados os juízes futuros da mesma corte, vinculação horizontal. A regra da universalização, que é a premissa da qual partirmos para afirmar que o principal valor da teoria dos precedentes é conferir racionalidade ao sistema, tem suas raízes em Kant. Kant afirma, no imperativo categórico, que: *'[...] there is only one categorical imperative and it is this: Act only according to that maxim whereby you can at the same time will that it should become a universal law'. Exatamente é esta a premissa da pretensão de correção e da 'presunção a favor do precedente' que se impõem, tanto no formular um precedente judicial novo, quanto no seu afastamento por superação ou distinção*". ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 299-300, set. 2014.

3. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR

A Comissão Especial, instituída pela Câmara dos Deputados, já destacava a importância do IRDR como a principal inovação do então projeto do novo CPC e como o instituto mais comentado em todas as audiências públicas que se realizaram. Naquele momento, já havia consenso quanto à necessidade de sua criação. O Deputado Paulo Teixeira, seu relator-geral, destacou que o IRDR permitiria o julgamento mais célere, resolvendo a questão das demandas de massa,[49] preservando e estabilizando a uniformidade da jurisprudência dos Tribunais Superiores, com a diminuição da quantidade de processos que abarrotam o Poder Judiciário, por meio da promoção dos princípios da isonomia e da segurança jurídica[50,51].

49. O Desembargador Alberto Vilas Boas, integrante do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, corrobora esta visão, senão vejamos: "A instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas objetiva auxiliar o Poder Judiciário a lidar com o conhecido fenômeno da litigância massiva e que sempre abrange a mesma questão jurídica no âmbito das ações individuais. O sistema normativo processual instalado a partir do revogado Código de Processo Civil foi originariamente estruturado para atender ao litígio de natureza individual, pois até então pouco ou nenhum valor era dado ao demandismo de natureza repetitivo. Assim, como os efeitos oriundos da sentença transitada em julgado, na lide individual, ficavam restritos às partes, era necessário que cada um exercesse o direito de ação para receber a proteção do direito que julgava ser titular. É certo, ainda, que a promulgação do atual - e analítico - texto constitucional impulsionou a busca pela tutela jurisdicional quanto aos direitos individuais e sociais nele especificados, e, a crescente conscientização dos cidadãos sobre suas prerrogativas constitucionais gerou um volume bastante considerável de ações no âmbito do Poder Judiciário. Conquanto o sistema normativo tenha criado alternativas para tratar, por meio de ação civil pública, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (Leis nº 7.347/85 e 8.078/90), é certo que a repetição de ações passou a persistir de forma intensa e constante no cenário judicial brasileiro. Criou-se, na forma como afirmam Luiz Guilherme Marinoni e outros, 'uma anomalia no sistema processual', haja vista que uma questão jurídica passou a ser examinada, pelo Poder Judiciário, de forma repetida. E esta multiplicação trouxe uma situação inconveniente que se traduziu no tratamento jurisdicional distinto para uma mesma questão jurídica. Esse quadro de ofensa à isonomia e à segurança jurídica derivada da repetição de demandas que abrangem questão jurídica idêntica propiciou, com o novo Código de Processo Civil, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas que se traduz numa técnica que permite uniformizar a aplicação do Direito. É preciso observar, então, que a instauração do IRDR deve abranger questão de direito que se reproduz de forma massiva (art. 976, I, NCPC)." MINAS GERAIS. TJMG, 1ª Seção Cível, IDR nº 0186151-81.2016.8.13.0000 (1), voto do Des. Rel. Alberto Vilas Boas, j. em 15/06/2016, DJ 24/06/2016.

50. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/textoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=1296/12&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:30&sgFaseSessao=&Data=19/9/2012&txApelido=PL%206025/05%20- %20C%C3%93DIGO%20DE%20PROCESSO%20CIVIL&txFaseSessao=Reuni%C3%A3o%20Deliberativa%20Ordin%C3%A1ria&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:30&txEtapa=>.

51. Luiz Guilherme Marinoni entende: "Na verdade, a isonomia e a segurança jurídica não constituem propriamente requisitos para a instauração do incidente, mas a justificativa do legislador para a sua previsão no Código de Processo Civil. É que, havendo centenas ou milhares de demandas que dependem da solução de uma mesma questão de direito, sempre há possibilidade de decisões

A Comissão de Juristas, formada pelo Senado Federal, também destacou ser segurança jurídica o elemento norteador para o surgimento do novo instrumento processual[52]. No entanto, já se debate a existência de inconstitucionalidades no IRDR. Gerorges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti[53] indicam serem elas:

> (*i*) *violação à independência dos magistrados e à separação funcional dos Poderes*: a vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República[54];

diferentes para casos iguais". MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

52. A Comissão de Juristas instituída pelo Presidente do Senado Federal encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo CPC, ao discorrer sobre as premissas que os levaram a prever a criação do IRDR, fizeram constar: "[...] O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando 'segura' a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de 'surpresas', podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma. [...] Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*". BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.Acesso em: 12 maio 2017.

53. ABBOUD, Gerorges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 222-223, fev. 2015, DTR\2015\808.

54. Em contraposição a este pensamento, Sofia Temer defende, no que concordamos, que "a independência funcional dos magistrados não pode significar, contudo, comprometimento da unidade da jurisdição, da coerência da ordem jurídica e da uniformidade na prestação jurisdicional. O sistema judicial possui cortes hierarquicamente ordenadas porque pressupõe níveis de cognição e julga-

(*ii*) *violação ao contraditório*: ausência de controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo;

(*iii*) *violação ao direito de ação*: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (*opt-out*) do julgamento coletivo[55]; e

(*iv*) *violação ao sistema de competências da Constituição*: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 982, I, do CPC).

Mesmo havendo tal posicionamento, tem-se que os dispositivos legais referentes ao incidente continuam em vigor, por não ter havido o reconhecimento das alegadas inconstitucionalidades pelo Poder Judiciário, nem terem sido revogados pelo Poder Legislativo, de modo que surge a necessidade de aprofundar-se no seu exame.

3.1. Os Requisitos de Admissibilidade

A admissão do IRDR depende da conjugação da: a) efetiva repetição de processos[56] que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito[57]; b) haver risco que ofenda a isonomia e a segurança jurídica.

mento exigem unidade e coerência, uma vez que 'o Judiciário, em um Estado de Direito, obriga-se consigo mesmo ao decidir'. A independência funcional do magistrado não é ofendida pela eficácia vinculativa dos precedentes dos órgãos que lhe são superiores, como também não é violada pela revisão de suas decisões, o que ocorre em razão do tão festejado duplo grau de jurisdição. [...] A independência funcional não significa irresponsabilidade decisória do Estado". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 226.

55. Mais uma vez Sofia Temer, ao discorrer sobre a inadequação dos institutos do *opt-in* e *opt-out*, afirma que: "Assim, não há conduta da parte da demanda repetitiva em relação à inclusão ou exclusão, porque não há esse agrupamento que ocorre nas ações coletivas. A eficácia que incide em relação ao processo individual não decorre do fato de a parte ter 'agregado' sua demanda a outras, porque sua demanda será inteiramente decidida pelo juízo em que estiver tramitando. A eficácia decorre da uniformização do tribunal sobre uma controvérsia jurídica, decidida em abstrato, a qual é depois aplicável aos casos que se encontrem dentro da moldura da categoria fática relevante por ocasião do julgamento. Os órgãos jurisdicionais ficam obrigados a decidir de acordo com a tese jurídica quando da apreciação das demandas fundadas na questão apreciada". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 235.

56. O Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). AÇÃO ORDINÁRIA. CONTROVÉRSIA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25 DA LEI ESTADUAL 15.179/2006. PROMOÇÃO POR ESCOLARIDADE. SERVIDOR ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS CAUSAS PENDENTES DE JULGAMENTO QUE VERSEM SOBRE A CONTROVERTIDA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A ADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 976 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDENTE AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO". PARANÁ. TJPR, Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1423982-4/01, Rel. Des. Maria Aparecida Blanco de Lima, j. em 18/11/2016, DJ 1934 de 02/12/2016.

57. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende: "A matéria que se pretende uniformizar é eminentemente probatória, ou seja, matéria de fato, o que afasta a possibilidade de instaura-

Caso o processo que seria afetado já tenha sido julgado, não será possível analisá-lo novamente[58], sob pena de o incidente passar a ter natureza jurídica de recurso[59], o que é inviável, haja vista que o instituto não pode ser utilizado como meio de insurgência contra decisão que lhe é desfavorável. A tramitação autônoma do IRDR no tribunal, ante o julgamento do processo que lhe dera origem, mostra-se incompatível com sua sistemática[60]. Portanto, para sua

ção do incidente. Considerando se tratar de matéria fática, também inexiste ofensa à isonomia e à segurança jurídica, pois verificada em cada caso no plano probatório". RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, IRDR nº 70072777501. Rel. Des. Francesco Conti, j. em 10/03/2017.

58. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sumulou a matéria: "Súmula 46. Não se admite incidente de resolução de demandas repetitivas em feito cujo recurso já tenha sido julgado pelo Tribunal de Justiça". Por conta de tal previsão, o TJRS passou a decidir monocraticamente acerca da admissibilidade do IRDR: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALTA DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO JÁ JULGADO. DESCABIMENTO DO INCIDENTE. SÚMULA N.º 46, DESTE TRIBUNAL. INCIDENTE NÃO ADMITIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA". RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Terceira Turma Cível - Terceiro Grupo Cível, IRDR nº 70072879182, Rel. Des. Isabel Dias Almeida, j. em 05/04/2017.

59. Esta é a compreensão do Tribunal de Justiça do Paraná: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PROCESSO PENDENTE NO TRIBUNAL. ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO. ANTERIOR AFETAÇÃO DE RECURSO PARA DEFINIÇÃO DA MESMA TESE JURÍDICA. ART. 976, § 4º, DO CPC/2015. INSTAURAÇÃO NÃO ADMITIDA. RECURSO INCABÍVEL. 1. Constitui requisito de admissibilidade para a instauração do IRDR, sendo incabível quando formulado após o julgamento do recurso que lhe deu origem, sob pena de se transmudar em um novo sucedâneo recursal. 2. Se o tribunal superior já tiver afetado recurso, para definição da mesma tese jurídica que se pretende fixar por meio do IRDR, este não será admitido, nos termos do disposto no § 4.º do art. 976 do CPC/2015. 3. Incidente não admitido, por ser incabível." (PARANÁ. TJPR. Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1575597-0, Rel. Des. Dalla Vecchia, j. em 18/11/2016, DJ 1931 29/11/2016) e "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. PROFESSORA DE ENSINO PÚBLICO. LIMITE DA JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. INCIDENTE SUSCITADO POR MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU VIA OFÍCIO. SUSCITAÇÃO ANTERIOR À PROLAÇÃO DE SENTENÇA. INADMISSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FEITO QUE ORIGINOU O INCIDENTE ESTAR PENDENTE DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 978, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NCPC. 'É preciso que haja causa pendente no tribunal. O IRDR é instaurado a partir de um caso que esteja no tribunal, seja um processo originário, seja um recurso (inclusive a remessa necessária). Somente cabe o IRDR enquanto pendente causa de competência do tribunal. A causa de competência do tribunal pode ser recursal ou originária. Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada' DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.3, p. 628. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE NÃO ADMITIDO." PARANÁ. TJPR. Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1560729-9. Rel. Des. Shiroshi Yendo, j. em 21/10/2016, DJ 1918 de 08/11/2016.

60. PARANÁ. TJPR. Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1559370-9. Rel. Des. Ramon de Medeiros Nogueira, j. em 16/09/2016. DJ 1889 de 23/09/2016).

instauração, devem estar presentes, simultaneamente, ambas as hipóteses (art. 976).[61] Inexiste, no entanto, prazo para sua instauração[62].

Ao estabelecer a possibilidade de ser instaurado o IRDR no âmbito dos tribunais, fixou-se como balizas a necessidade da questão controvertida ser unicamente de direito[63], sendo ela objeto de repetição de processos junto ao órgão jurisdicional que instaurará o incidente, no que se incluem os que estiverem em curso nos juizados especiais (Enunciado nº 21 do ENFAM).

A adoção de teses antagônicas por um mesmo tribunal traz como consequência nefasta a imprevisibilidade, pois paira uma dúvida para os jurisdicionados e os demais magistrados quanto à interpretação a ser seguida. A discrepância entre idênticas questões de direito contraria o próprio Estado Democrático de Direito ao ofender a isonomia e a segurança jurídica[64].

No entanto, o IRDR pode ser inadmitido quando se contrapuser à garantia da razoável duração do processo[65], tais como: a causa-piloto estiver apta para ser julgada; sua análise puder causar um prolongamento ou postergação indevido ao processo; o meio de prova mostrar-se inadequado; os argumentos não estiverem de acordo com os objetivos pretendidos no procedimento, ou, ainda, o ponto controvertido não exigir esclarecimento em demanda com eficácia coletiva[66]. O exame dos requisitos de admissibilidade deve dar-se sob a perspectiva da "causa-piloto"[67].

61. Fredie Didier Jr. acrescenta um outro requisito: "houver causa pendente no tribunal". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.625.

62. Ibid., 2016, p. 634.

63. O Tribunal de Justiça de Roraima considerou ser incabível o IRDR cuja finalidade seja a reunião de diversas ações diretas de inconstitucionalidade, pois "a análise pontual dos autos, nomeadamente da exordial, revela que na causa de pedir não se vislumbra a alegada identidade da 'questão de direito', face à ausência de identidade entre os mencionados processos, que tratam de distinta legislação municipal, não sendo cabível o IRDR quanto a questões genéricas, cuja amplitude impede que se outorgue solução particularizada". RORAIMA. TJRR, Tribunal Pleno, IRDP nº 0000.16.000689-6. Rel. Des. Cristóvão Suter, j. em 06/07/2016, DJe 11/07/2016, p. 03.

64. MARANHÃO. TJMA. Tribunal Pleno, IRDR nº 1689-69.2015.8.10.0044 (17.015/2016 - São Luís). Rel. Des. Velten Pereira, j. em 25/05/2016.

65. Ao tratar dos fundamentos que viabilizam a técnica processual diferenciada, Sofia Temer observa: "Os pilares do incidente – que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação – são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 39.

66. O Tribunal de Justiça de São Paulo esclareceu que: "Foi o procedimento-modelo do Direito Alemão (*Musterwerfahren*) o instituto que mais influenciou o IRDR, e tem como meta o gerenciamento de demandas repetitivas. Importante destacar que no referido instituto do direito tedesco, a parte deve apontar (não se admite instauração *ex officio* pelo juízo, ao contrário do modelo nacional que admite) os pontos litigiosos (*Streitpunkte*) que deseja ver resolvidos coletivamente, bem como os meios de prova que pretende produzir no incidente. O suscitante deve alegar e demonstrar que

Os requisitos que autorizam a admissibilidade do incidente são cumulativos e não comportam juízo discricionário por parte do tribunal, de modo que, na ausência de qualquer deles, resta inviável sua instauração[68]. No entanto, tais elementos se apresentam abertos, fluidos, vagos e imprecisos, pelo que cabe ao intérprete dar-lhes conformação[69].

A Emenda nº 618/2011 ao PL nº 8.046/2010, proposta pelo Deputado Alfredo Kaefer, pretendia que o IRDR somente fosse admitido nas hipóteses em que mais da metade dos TRFs, ou de vinte Tribunais Estaduais representativos de todas as regiões do país, confirmassem a existência de julgamentos com idêntica controvérsia. Tal proposta criava a exigência de haver grande número de lides iguais, em diversos tribunais, para que o incidente pudesse

o pedido terá repercussão extraprocessual, interferindo na resolução de outros litígios similares. Desse modo, a partir do modelo adotado no artigo 976 e incisos do NCPC, entendo, com apoio na doutrina alemã, que o requerimento suscitando esta espécie de Procedimento-Modelo não será admitido quando: a causa estiver pronta para julgamento; quando puder prolongar ou postergar indevidamente o processo; quando o meio de prova requerido for inadequado; quando as alegações não se justifiquem dentro dos objetivos do procedimento, ou ainda, quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de ser aclarado com eficácia coletiva (KapMuG § 1º). Nesse passo, portanto, é lícito concluir, que a coexistência de ambos os pressupostos previstos no artigo 976, incisos I e II do NCPC, exigem a demonstração de um superior interesse público, o de ser conveniente e oportuna a uniformização e consolidação da jurisprudência, com eficácia coletiva. Em outras palavras, não são as Turmas Especiais e mesmo o Órgão Especial, competentes para estabelecer a melhor interpretação de um instituto jurídico que acabou de surgir e de maneira precoce, estabelecer uma tese jurídica capaz de ser abarcada pela técnica do incidente de resolução de demandas repetitivas. Ao cabo, sem adentrar ao mérito do incidente, mas com o intuito de fundamentar a sua inadmissibilidade, se é verdade que as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões (art. 1009, parágrafo 1º., do NCPC), é justamente a leitura teleológica e sistemática destes dispositivos, com os demais artigos do NCPC, que permitirão ao intérprete, vislumbrar, casuisticamente, a própria natureza do rol do artigo 1.015 do NCPC. Isto significa dizer que tudo o que for incompatível com a finalidade de se ter um processo célere e de participação e colaboração entre todos os personagens". SÃO PAULO. TJSP. Órgão Especial, IRDR nº 0027305-03.2016.8.26.0000. Rel. Des. Amorim Cantuária, j. em 27/07/2016, DJ 29/07/2016.

67. Alexandre Freitas Câmara, explica: "[...] Daí a razão pela qual se tem, aqui, falado que o processo em que se instaura o incidente funciona como verdadeira *causa-piloto*. É que este processo será usado mesmo como piloto (empregado o termo no sentido, encontrado nos dicionários, de 'realização em dimensões reduzidas, para experimentação ou melhor adaptação de certos processos tecnológicos'; 'que é experimental, inicial, podendo vir a ser melhorado ou continuado'; 'que serve de modelo e como experiência'; 'qualquer experiência inovadora que sirva de modelo ou exemplo'), nele se proferindo uma decisão que servirá de modelo, de padrão, para a decisão posterior de casos idênticos (e que, evidentemente, poderá depois ser melhorado ou continuado)". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481.

68. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 625.

69. SÃO PAULO. TJSP. Órgão Especial, IRDR nº 0027305-03.2016.8.26.0000, voto do Des. Rel. Amorim Cantuária, j. em 27/07/2016. DJ 29/07/2016.

ser suscitado. Seu cabimento só se daria quando inúmeras demandas idênticas estivessem em trâmite nos tribunais do país. A defesa dessa posição argumentava que se evitariam críticas, tais como as feitas na época em que se debateu o efeito vinculante das súmulas. Quando da edição desta foi dito que, com o engessamento da jurisprudência e do pensamento jurídico, o Juiz seria transformado em mero repetidor de decisões. No entanto, tal emenda foi rejeitada sob a justificativa de que tornaria inútil o incidente, na medida em que não conseguiria inibir a ocorrência, nos diversos tribunais pátrios, de inúmeras demandas semelhantes. Além do que, com base na ideia de que o sistema processual deve ser harmônico, racional e paradigmático, o IRDR haveria de ser instaurado o mais rápido possível, pelo que não deveria ficar condicionado a tais requisitos[70].

A lei processual não estabelece um número mínimo, nem exige grande quantidade de processos em que se discuta a questão de direito controvertida. Por inexistir previsão acerca do número de ações que possa caracterizar a efetiva repetição de processos, compete ao interessado sua demonstração, por meio de prova documental[71], e ao magistrado, ao apreciar a questão[72], tomar como norte interpretativo o princípio da razoabilidade[73].

70. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407.

71. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Segundo Grupo Cível, IRDR nº 0301325-68.2016.8.21.7000, Rel. Des. Antonio Vinicius Amaro da Silveira, j. em 28/10/2016.

72. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Segundo Grupo Cível, IRDR nº 0349019-33.2016.8.21.7000, Rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 09/12/2016.

73. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu: "Na hipótese, a requerente, na condição de servidora pública, visa à unificação de posicionamento no tocante à incorporação de Gratificação de Direção, nos termos da Lei-Gravataí nº 681/91. Contudo, não preencheu o requisito de admissibilidade do incidente relativo à comprovação da 'efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito', que deve estar simultaneamente demonstrado com o 'risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica' (art. 976, I e II, do NCPC-15). Demonstração de pequena quantidade de demandas que não se caracterizam por ser 'ações em massa' a justificar o presente incidente. Pesquisa no âmbito desta Corte que demonstra poucos recursos interpostos num lapso de 11 anos. Situação peculiar do caso que leva à inadmissão do incidente" (RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, IRDR nº 70070911060, Rel. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. em 01/09/2016); "O DMAE afirma que atualmente estão em trâmite cerca de 1.700 ações versando o mesmo tema, ajuizadas contra a Administração Direta e Indireta do Município de Porto Alegre, que justificariam a admissão do incidente. Os precedentes desta Corte apontam para a configuração da efetiva repetitividade de demandas somente em situações de litigiosidade massiva, como exemplificativamente ocorre nas questões que tratam do piso nacional do magistério, terço constitucional de férias, medicamentos e atualização do valor do vale-refeição. A despeito de induvidosa a existência de ações versando sobre o mesmo tema em que suscitada a questão ora controvertida - prescrição das parcelas devidas -, a quantidade de demandas ora verificada não configura "efetiva repetição de processos" para fins de admissão do incidente, na forma do art. 976 do CPC/2015". (RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, IRDR nº 70071388250. Rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 09/12/2016) e "Não se verifica a repetitividade necessária no âmbito das Câmaras de direito público que julgam a matéria de 'direito tributário', pois, em mais de 8 (oito) anos, foram identi-

O que viabiliza a instauração do IRDR é, preponderantemente, a existência de número suficiente a gerar um risco à isonomia e à segurança jurídica, não sendo necessário que haja grande número de processos versando sobre a mesma questão jurídica (Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[74].

É prudente que sua instauração se dê quando houver um amadurecimento da matéria por parte do tribunal. Este julgamento resultará na edição de uma tese jurídica aplicável a todos os processos em trâmite, servindo, ainda, como precedente para as causas que, a partir da sua edição, vierem a ser propostas perante esse órgão jurisdicional. Caso o tribunal considere inoportuna sua admissibilidade, nada impede que, após, quando a questão controvertida tenha sido mais bem debatida, esse órgão julgador faça juízo positivo, admitindo o processamento do IRDR.

A admissibilidade do incidente constitui um juízo discricionário, na medida em que se examinam a conveniência e a oportunidade sobre determinada matéria de direito. O tribunal toma por base elementos de "política judiciária", tais como o grau de profundidade com que o tema foi examinado e a existência de consistentes elementos doutrinários e/ou jurisprudenciais para sua compreensão. Leva-se em conta, ainda, a "efetiva repetição de processos" (art. 976). No entanto, tais valorações não se podem resultar numa precaução exagerada

ficados aproximadamente apenas 200 (duzentos) recursos envolvendo a matéria relativa à ocorrência ou não de prescrição na hipótese de lançamento complementar de IPTU pelo Município de Porto Alegre. Não se trata, pois, de demanda repetitiva, considerando-se o volume de execuções fiscais que tramitam atualmente no Poder Judiciário Gaúcho, razão pela qual não ostenta o potencial necessário a promover a alegada ofensa à isonomia e à segurança jurídica". RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Primeira Turma Cível, IRDR nº 70070689112. Rel. Des. Marilene Bonzanini, j. em 28/11/2016.

74. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero acrescentam: "Em primeiro lugar, como afirma o art. 976, I, esse incidente só se presta quando houver efetiva multiplicação de processos. Obviamente, se uma questão de direito não se repetir em várias demandas, de modo a potencialmente comprometer o princípio da isonomia e a racionalidade do sistema encarregado de administração da justiça, por mais relevante que seja, não se admitirá a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas que, como o próprio nome indica, se presta apenas para a solução de casos repetitivos. Note-se que não basta o potencial risco de multiplicação. Ou seja, não basta que a questão de direito tenda a repetir-se em outras causas futuras. É necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente já no momento em que é instaurado o incidente. É o que se extrai do art. 976, I, quando alude à necessidade de haver 'efetiva repetição de processos. Na realidade, o incidente não se presta para a discussão de controvérsias resultantes de um fato comum ou de uma mesma gênese. Como também expressamente consigna o art. 976, I, o incidente só se presta para a solução da mesma questão unicamente de direito. A rigor, portanto, os casos submetidos à solução pelo incidente não podem conter discussão a respeito de matéria de fato. É preciso que, em relação aos fatos, estes sejam sempre incontroversos. Só se admitirá, então, o incidente se o debate envolvido nesses vários processos versar exclusivamente sobre matéria de direito. Pode ocorrer que haja mais de uma questão de direito envolvida, mas não pode ocorrer controvérsia sobre fatos" MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.II, p. 578-579.

na aplicação do IRDR, sob pena de torná-lo instrumento processual meramente ficcional, resultando em sua ineficácia[75].

Mesmo não havendo critério objetivo, quanto ao número mínimo processos, para a admissão do IRDR, tomando por base o princípio da segurança jurídica, há a necessidade de que seja suficiente a perfeita compreensão do tema debatido, e que o assunto já tenha sido enfrentado, em momento anterior, de forma suficientemente profunda por parte do tribunal[76]. Segundo Sofia Temer[77],

75. A questão foi objeto de intenso debate no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando do julgamento do IRDR nº 70070756820 (Quinta Turma Cível - Oitavo Grupo Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j. em 24/10/2016). Dentre os votos proferidos, traz-se parte das lições constantes do voto do Des. Voltaire de Lima Moraes: "Ademais, por se tratar de instituto processual novo, ele deve ser visto com cautela, mormente nessa fase embrionária em que navega o novo estatuto processual. Isso significa que somente questões de direito relevantes devem merecer a incidência desse novel instituto, ainda mais levando em consideração que a decisão proferida, em termos de juízo de admissibilidade, não implica eficácia preclusiva a esse respeito, notadamente levando em conta que, mais adiante, depois de aprofundadas reflexões sobre esse incipiente instituto processual, é que se poderá melhor avaliar os casos que estão a merecer a sua aplicação. [...] Logo, o instituto de resolução de demandas repetitivas deve ser prestigiado com a dignidade que o legislador processual lhe conferiu, numa visão teleológica, ou seja, de que ele seja reservado para uniformizar resolução de demandas repetitivas relevantes sobre as quais haja efetiva repetição de processos com significativa controvérsia sobre elas e que haja risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica, sob pena de o instituto ser vulgarizado e admitido para qualquer situação em que se constatem eventuais controvérsias sobre uma questão unicamente de direito. De outro lado, ainda no âmbito do juízo de admissibilidade, numa visão político-institucional, vista sob o ângulo da gestão judiciária, não parece deva este Tribunal, mesmo que a inclinação pudesse ser nessas hipóteses pelo cabimento do mandado de segurança, que já o fizesse agora, quando tudo recomenda que causas que possam ser direcionadas ao Juizado Especial Cível para lá sejam efetivamente enviadas, pois esse encaminhamento não traz prejuízo nenhum às partes. Ao contrário, até as beneficia, considerando que o Juizado Especial Cível orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além de evitar sobrecarga demasiada nos Juizados Cíveis Comuns e, por decorrência, neste Tribunal, que deve ser preservado para julgar lides de maior complexidade e dimensão". O Des. Umberto Guaspari Sudbrack também ponderou: "Ocorre que da constatação quanto à existência de decisões diversas sobre a mesma questão jurídica não decorre o juízo de cabimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Em que pese seja louvável a atenção do legislador processual civil ao problema da litigiosidade de massa – para cujo enfrentamento racional mostra-se de suma importância o fomento de institutos tais como a repercussão geral, no STF, ou mesmo o presente incidente, nos Tribunais locais –, considero que o recurso ao procedimento de que trata o art. 976 do CPC/2015 deve cercar-se cautela, sob pena de ser desvirtuado, com a sua *conversão em técnica de uniformização prematura da controvérsia de que trate*. Atento, aqui, para a importância salutar do voto vencido e do entendimento divergente, na evolução da jurisprudência, porque é a partir do *processo dialético* nos Tribunais que maturam as questões jurídicas – processo esse que, no caso, seria abruptamente interrompido pela eventual admissão do incidente ora em apreço, que sepultaria o debate, nesta Corte, em torno de questão sobre a qual a jurisprudência e mesmo a doutrina são incipientes e controvertidas tanto quanto são recentes a promulgação e a vigência do Novo CPC".

76. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se, *verbis*: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. DIREITO TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS DO ART. 976 DO CPC/15 NÃO ATENDIDOS. MATÉRIA RELATIVA À OCORRÊNCIA OU NÃO DE PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE DE LANÇAMENTO COMPLEMENTAR DE IPTU. PRECE-

> Não obstante, para o sistema processual do CPC/2015, *demandas repetitivas* também compreendem *demandas* que não se referem a relações substanciais-modelo, não contêm causas de pedir e pedido similares (*demandas heterogêneas*, portanto), mas possuem área de homogeneidade, relativas a uma ou algumas das *questões* discutidas em juízo. As *demandas* são caracterizadas como repetitivas mesmo nos casos em que apenas algumas *questões* nelas debatidas o sejam.
>
> E sendo assim, apesar de as 'demandas repetitivas' compreenderem situações que, em tese, poderiam ser classificadas como 'direitos individuais homogêneos' (nas hipóteses de demandas relativas a pretensões isomórficas, em que as relações substanciais sejam análogas e seja repetidas as causas de pedir e pedidos), também compreendem situações que não poderiam ser enquadradas como tal (hipóteses em que há apenas um ponto marginal em comum entre as demandas), a menos que houvesse uma completa reconfiguração da categoria. As demandas repetitivas abrangem situações mais amplas do que os direitos individuais homogêneos, o que é mais um dos motivos para evitar o emprego deste termo naquele contexto.
>
> Assim, não parece possível equiparar os direitos individuais homogêneos com as 'questões de direito' veiculadas nas demandas repetitivas, mesmo que se entenda que a 'origem comum' (art. 81, III, do CDC) seja exclusivamente um 'ponto comum de direito'. Naquele caso se exige uniformidade de *demandas*, e neste, apenas de *questões*.
>
> Em conclusão: as 'demandas' repetitivas, para o nosso direito positivo, são processos que contém *questões jurídicas homogêneas*. Não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O relevante, nesse contexto, é a presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos.

Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, considera que as "demandas repetitivas" são aquelas cuja causa de pedir e objeto são idênticos, ainda que

DENTES DAS CÂMARAS QUE INTEGRAM A PRIMEIRA TURMA CÍVEL EM NÚMERO APROXIMADO DE DUZENTOS RECURSOS EM MAIS DE OITO ANOS. INEXISTENTE O REQUISITO INDISPENSÁVEL DA REPETITIVIDADE. Não se verifica a repetitividade necessária no âmbito das Câmaras de direito público que julgam a matéria de "direito tributário", pois, em mais de 8 (oito) anos, foram identificados aproximadamente apenas 200 (duzentos) recursos envolvendo a matéria relativa à ocorrência ou não de prescrição na hipótese de lançamento complementar de IPTU pelo Município de Porto Alegre. Não se trata, pois, de demanda repetitiva, considerando-se o volume de execuções fiscais que tramitam atualmente no Poder Judiciário Gaúcho, razão pela qual não ostenta o potencial necessário a promover a alegada ofensa à isonomia e à segurança jurídica. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS INADMITIDO." RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Primeira Turma Cível. Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva nº 0279105-76.2016.8.21.7000. Rel. Des. Marilene Bonzanini, j. em 28/11/2016.

77. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 61-63.

mudem as partes, não se confundindo com a conexão. Nesta, as demandas possuem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir, sem que elas sejam iguais[78].

O Projeto de Lei nº 8.046/2010 já contemplava a ideia de que a idêntica "questão de direito" pudesse vir a ser decidida no IRDR, ainda que os fundamentos de fato fossem distintos. Entretanto, por meio da Emenda nº 813/2011, proposta pelo Deputado Miro Teixeira, pretendeu-se incluir que, além da "questão jurídica", o incidente também estivesse condicionado a idêntica "questão de fato", evitando-se que as questões particulares de cada caso ficassem pendentes de resolução. No entanto, acatar tal emenda terminaria por fazer com que os interesses individuais heterogêneos, mesmo que amparados no mesmo fundamento jurídico, deixassem de ser solucionados por meio de tal mecanismo processual. Por isso, a referida emenda parlamentar foi rejeitada no curso do processo legislativo.[79]

A "questão de direito" pode ser compreendida como: (i) a forma como o texto normativo pode ser compreendido e quais as consequências jurídicas que dele se extraem; (ii) qual a norma aplicável a determinada situação fática; (iii) se há compatibilidade entre o texto normativo e a Constituição Federal[80]. Adotando-se as lições de Fredie Didier Jr.[81], pode-se ainda dizer que,

> É muito difícil a distinção entre questão de fato e questão de direito. Toda questão de direito pressupõe a ocorrência de um fato. Pode-se, de todo modo, dizer que questão de fato é aquela relacionada com a causa de pedir ou com a hipótese prevista no texto normativo, enquanto a questão de direito é aquela relacionada com as consequências jurídicas de determinado fato ou com a aplicação de hipótese de incidência prevista no texto normativo, com as tarefas de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma ou de concretização do texto normativo.

O CPC/2015 poderia ter avançado caso não tivesse pretendido separar as *questões de fato* das *questões de direito*, de modo a fazer menção à questão que não

78. O autor, por meio de exemplos simples, possibilita a clara compreensão quanto a distinção dos institutos: "aberta uma caixa de fósforos, é possível riscar e acender dezenas de palitos de fósforos *iguais*, mas não se conseguiria riscar e acender duas vezes o *mesmo* palito de fósforo; costuma-se dizer que toda mulher teme pela possibilidade de ir a uma festa com o *mesmo vestido* que outra, mas isto é impossível pois se ambas fossem à festa com o *mesmo vestido* uma delas estaria nua, e se deve considerar que o receio, na verdade, é o de se ter, em uma festa, mulheres usando *vestidos iguais*". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 478.

79. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

80. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.

81. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 626-627.

tivesse relação com um fato. Sobre o tema, Lenio Luiz Streck[82] traz as seguintes considerações:

> [...] sob uma perspectiva hermenêutica, é impossível fazer tal distinção, porquanto a interpretação do direito é sempre uma aplicação (*applicatio*) e, por isso, pressupõe o mundo prático. E, ainda que alguém não tenha dada por superada a relação sujeito-objeto, tanto o fato quanto o direito fazem parte da causa de pedir, um dos elementos (indispensáveis) da ação. Ora, os fatos só terão importância para o direito se forem fatos juridicamente relevantes – e, daí, a necessária imbricação entre questões de fato e questão de direito, o que, em linguagem hermenêutica, denominamos de diferença ontológica. Neste contexto, conclui que [...] quando o legislador refere-se à *questão de direito* (ou expressões congêneres) não quer, na verdade, se reportar a questões que não sejam munidas de questões de fato, mas sim a causas que não demandem dilação probatória, em especial de natureza testemunhal e/ou pericial. Assim que deveremos ler esse texto.

O IRDR pretende unir "abstração" e "concretude" para a fixação da tese jurídica a partir do reconhecimento de um "fato-tipo", conforme destaca Sofia Temer[83]:

> Apesar de o incidente se destinar a solucionar questões de direito representativas, a fixação de teses jurídicas não parte de absoluta desconsideração de circunstâncias fáticas. Aliás, isso sequer seria possível, considerando a necessária interligação entre fato e norma para compreensão do fenômeno jurídico.
>
> No IRDR, a resolução das questões de direito não será realizada a partir de uma completa abstração da realidade, até porque 'não há teses sem fatos'. Os fatos, porque essenciais para a análise da questão de direito, estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como *fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta* (até porque o tribunal não julgará nenhuma 'causa'), e sim como *fatos pressupostos, projetados, generalizados*.
>
> Com efeito, pensamos que na atividade de cognição e resolução da controvérsia de direito, o tribunal adotará uma situação fática padrão para decidir sobre o texto do qual se extrai a norma, seu sentido e alcance.
>
> [...] Para tanto, parece ser possível defender que o tribunal deverá identificar um *fato-tipo* (ou um conjunto de *fatos-tipos*) para resolver a questão de direito repetitiva. (Grifou-se).

Mesmo não se apoiando em questões de fato, o julgamento dos casos repetitivos sempre tomará por base um contexto fático de aplicação geral ou uma

82. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 46-48, abr./jun. 2015.

83. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 72-73.

forma padrão, o qual será considerado abstratamente. Não se deterá especificamente aos elementos da causa, pois, quando muito, estão são meramente ilustrativos de situações que se repetem. Pode-se, então, dizer que a situação fática apresenta-se de modo virtual e não real, porque não será investigada e comprovada no incidente[84]. O mesmo ocorrerá no Incidente de Assunção de Competência em que a questão se mostra complexa, mas não repetitiva[85].

O IRDR é mecanismo de orientação que norteia o deslinde de idênticas questões de direito que se multiplicam. Sua repercussão dá-se tanto no âmbito individual, por conta da resolução de controvérsias *interpartes*, como no plano coletivo, cujos efeitos são *erga omnes*[86]. Nele se decide questão prejudicial ao julgamento de demandas repetitivas, mas também debate e estabelece questão concernente à proteção de direitos individuais múltiplos[87].

O incidente não se confunde com processo coletivo[88]. Pretende, prioritariamente, fixar uma tese jurídica, a ser aplicável à "causa-piloto"[89] e às demais

84. Ibid., 2016, p. 204.

85. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317-318.

86. Fredie Didier Jr. lembra que "os processos com efetiva repetição não devem necessariamente versar sobre um direito individual homogêneo. Ainda que os casos sejam heterogêneos, é possível haver um IRDR para definir questão jurídica que seja comum a diversos processos, sejam eles individuais, sejam eles coletivos, como já examinado. Não é qualquer repetitividade que rende ensejo ao IRDR. A reprodução de ações coletivas que versem sobre os mesmos direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* não autoriza a instauração do IRDR, pois, nesse caso, não se trata de simples questão de direito comum, mas da mesma demanda repetida, havendo, na realidade, *litispendência* entre as demandas coletivas, devendo os processos coletivos ser reunidos para julgamento conjunto. Embora não caiba ação coletiva para determinadas questões, esse tipo de limitação não existe quanto ao IRDR". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.626.

87. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, out. 2016, p. 233-234.

88. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem que o incidente de julgamento de casos repetitivos e as ações coletivas são espécies de processo coletivo pois tem como finalidade solucionar "situação jurídica coletiva", a qual é titularizada por grupo, coletividade ou comunidade. Advertem que "o processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero *grupo*). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo. Assim, *processo coletivo* é aquele *em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos,* por exemplo). Observam, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva". A diferença entre os institutos, segundo os autores, consiste no fato de que: a) na ação coletiva a situação jurídica coletiva diz respeito a questão principal; b) no julgamento dos casos repetitivos busca-se definir a solução a ser dada a uma questão de direito que se apresenta em diversos processos pendentes, os quais podem ser homogêneos ou heterogêneos, sendo que a situação jurídica coletiva se apresenta como sendo o direito à certificação da questão repetitiva. A

ações em curso, ou que venham a ser propostas perante o tribunal que julgar o incidente. Não objetiva, portanto, apenas proteger certos bens da vida concretamente tutelados no processo[90]. Também não é um litisconsórcio, haja vista inexistirem várias pessoas participando da relação processual[91]. Seu intuito, pois, é fixar uma tese jurídica com eficácia coletiva, solucionando determinada causa cujas pretensões sejam isomórficas, sem se prestar a interpretar, de ma-

escolha entre um ou outro instrumento dependerá das "definições estratégicas dos litigantes". De qualquer modo, haveria, segundo eles, situações jurídicas coletivas que não comportam solução pela técnica da ação coletiva e vice-versa, mas pode haver casos em que haja uma coincidência entre o objeto de ambos. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-212, jun. 2016.

89. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha explicam a diferença entre "causa-piloto" e "causa-modelo", senão vejamos: "Há dois sistemas de resolução das causas repetitivas: a) o da causa piloto e b) o da causa-modelo. No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Já na causa-modelo, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada. [...] Já se percebe que o tribunal, no IRDR, julga a causa e fixa o entendimento a ser aplicável aos demais casos repetitivos. Trata-se, então, também, de uma causa-piloto, e não de uma causa-modelo. Ainda que não houvesse o texto do parágrafo único do art. 978 do CPC, haveria aí uma causa-piloto, pois não é possível que o IRDR seja instaurado sem que haja causa pendente no tribunal. Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. A instauração do IRDR, repita-se, pressupõe a existência de uma causa no tribunal, assim como a instauração do incidente para julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivo pressupõe a existência de um deles no âmbito do Tribunal Superior." DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil* – vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 593.

90. Neste sentido considera Sofia Temer: "O IRDR não é equiparado ao processo coletivo, porque, como se limita a fixar uma tese em caráter objetivo, as demandas deverão ser necessariamente apreciadas pelos juízes em que tramitarem. Sempre haverá necessidade de decisão no caso concreto, porque apenas fora do incidente é que há efetivamente a análise e o julgamento da demanda. No IRDR não há aglutinação, mas abstração. É preciso identificar essa diferença, sob pena de equiparar o incidente ao processo coletivo relativo aos direitos individuais homogêneos, quando não há propriamente somatório ou união. Não se nega que há uma *dimensão coletiva* no incidente, porque o IRDR apenas se justifica quando há repetição de uma controvérsia que afete uma coletividade (aqui entendida como diversos sujeitos ou processos). O pressuposto de instauração é a manifestação coletiva do problema. Do mesmo modo, há um 'resultado coletivo', ou seja, uma eficácia que tem um espectro subjetivo alargado. Seria possível afirmar, talvez, que a 'função social' do incidente se assemelha com a do processo coletivo. Contudo, apesar de tais aproximações, não parece adequado identificar o IRDR com o processo coletivo, porque, *sob a perspectiva da técnica processual*, há incontáveis diferenças, como visto". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 94-95.

91. Sofia Temer destaca: "Não obstante a aproximação, pensamos que as demandas repetitivas que podem ser objeto do incidente se afastam das demandas em que poderia haver um agrupamento mediante litisconsórcio, porque o litisconsórcio é instituto fundado em premissas próprias da tutela jurisdicional destinada a resolver diretamente conflitos subjetivos, exigindo, via de regra, alguma vinculação a nível de relações substanciais ou, em outros termos, de 'um nexo tal entre as situações jurídicas de diversas pessoas'. Ainda, não se afigura possível assemelhar a técnica do IRDR com o cúmulo subjetivo e objetivo que ocorre no litisconsórcio porque o 'consórcio na lide' depende não apenas de um ponto em comum de direito, mas, em regra, do fato de se encontrarem, no 'polo' oposto da relação processual, o(s) mesmo(s) sujeito(s)" Ibid., 2016, p. 99-100.

neira precoce, determinada norma jurídica[92]. Surge, então, uma terceira categoria de causas que, além das individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas, é responsável pela identidade em abstrato do pedido e da causa de pedir que em grande medida se repetem[93].

O IRDR também não se identifica como substituto da ação coletiva, mas se apresenta como instituto de caráter complementar[94] que busca preencher os espaços vazios, tais como se dá com as ações tributárias e de contribuições

92. SÃO PAULO. TJSP, Órgão Especial, IRDR nº 0027305-03.2016.8.26.0000, voto do Des. Rel. Amorim Cantuária, j. em 27/07/2016, DJ 29/07/2016.

93. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 284, maio 2015.

94. Alexandre Freitas Câmara apresenta, com clareza, a diferença entre a atuação da ação coletiva e do IRDR, senão vejamos: "[...] É preciso, então, recordar aqui que o processo civil moderno começou a se desenvolver em uma época em que prevalecia uma visão individualista de mundo, tendo recebido influxos do liberalismo individualista. Esta visão, porém, já há bastante tempo deixou de prevalecer. Vive-se, hoje, em uma sociedade transformada, em que os interesses são coletivos. Afinal, já há muito tempo se sabe que a sociedade contemporânea é uma sociedade de massa, que tem entre suas características principais a *despersonalização do indivíduo*, forçado pela própria sociedade a ser igual a todos os demais. É o fenômeno da *indiferenciação dos indivíduos*. Em uma sociedade assim, é absolutamente natural que surjam, com muita frequência, *interesses individuais homogêneos*, assim entendidos, nos precisos termos do Código de Defesa do Consumidor, os interesses individuais 'decorrem de origem comum' (art. 81, parágrafo único, III, do CDC). [...] Pois há uma intensa ligação entre os interesses individuais homogêneos e o fenômeno da *repetição de demandas*. É certo que o Direito brasileiro, já há algumas décadas, admite a utilização do processo coletivo como meio para produção de resultados capazes de alcançar a todos os titulares de interesses individuais homogêneos lesados ou ameaçados (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), do mesmo modo como tais processos coletivos podem ser empregados na defesa de interesses difusos ou coletivos (os chamados *interesses essencialmente transindividuais*). Ocorre que, quando se trata de interesses individuais homogêneos, há, além do *núcleo de homogeneidade* que os une, uma *margem de heterogeneidade* que os afasta. Veja-se, então, que existe, entre interesses individuais homogêneos, um *núcleo de homogeneidade*: O *na debeatur* (a própria existência das relações obrigacionais idênticas); o *quis debeatur* (o devedor, que é sempre comum em todas essas relações) e o *quid debeatur* (o objeto da obrigação, que é sempre igual em todas as relações obrigacionais homogêneas). Há, porém, inevitavelmente uma *margem de heterogeneidade*: o *cui debeatur* (o credor, que varia de uma relação obrigacional para outra) e o *quantum debeatur* (a quantidade devida ao credor pelo devedor, já que cada titular de interesse individual faz jus a receber um valor que lhe é pessoalmente devido, e não se confunde com os valores devidos a outros credores). Pois é exatamente em função dessa margem de heterogeneidade que os processos coletivos jamais funcionaram bem como mecanismos de proteção de interesses individuais homogêneos (diferentemente do que acontece em relação aos interesses difusos e coletivos). É que no processo coletivo que tenha por fim a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos só se pode exercer cognição sobre o que integra o núcleo de homogeneidade desses interesses, o que faz com que a sentença de procedência necessariamente se limite a uma condenação genérica (art. 95 do CDC), onde se encontrará, tão somente, o reconhecimento da existência do dever jurídico do demandado de reparar danos que eventualmente venham a ser identificados posteriormente, e que tenham sido sofridos por credores ainda não conhecidos. Resulta daí, necessariamente, uma multiplicação de processos individuais de liquidação e execução, em que se buscará verificar quem são os credores lesados e qual o valor da indenização a que cada um deles, individualmente, faz jus". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 476-477.

previdenciárias, as quais, por conta da previsão contida no art. 1º da Lei nº 7.347/85, não podem ser objeto de ação civil pública. O mesmo ocorre em outras situações que gerem repetição de demandas perante o Judiciário[95].

O IRDR tem natureza jurídica de incidente processual[96] coletivo, o qual é suscitado em tribunal em que tramite o processo paradigma pendente. Apresenta-se como um meio pelo qual se busca fixar tese jurídica que se estenderá sobre casos concretos, os quais serão afetados pela eficácia vinculante da decisão[97,98]. Com o cumprimento dos requisitos legais estabelecidos, o incidente produzirá o efeito vinculante, hipótese em que estará dotado da necessária "legitimação substancial"[99]. Marcos Araújo Cavalcanti[100] elenca as características do IRDR:

> (a) acessoriedade: o IRDR tem acessoriedade múltipla, uma vez que sua instauração depende da existência de diversos processos repetitivos sobre a mesma questão unicamente de direito, assim como necessita da pendência de um desses processos repetitivos no tribunal competente (art. 978, parágrafo único, do NCPC); (b) acidentalidade: representa um desvio ao desenvolvimento normal dos processos repetitivos, visto que, dentre outros aspectos, estes serão suspensos até a fixação da tese jurídica sobre as questões comuns do direito discutidas no IRDR, a qual, em seguida, deverá ser aplicada em

95. SILVA, Franklyn Roger Alves. O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25711/Franklyn_Roger_Alves_Silva.pdf>. Acesso em: 12 maio 2017.

96. Guilherme José Braz de Oliveira enfatiza: "Trata-se, portanto, de um *incidente processual*, levando no curso da demanda, o qual tem lugar, como visto, na *mesma relação processual*, e que será julgado de modo *apartado*, justamente para que o precedente, de efeitos *expansivos*, possa se formar e ser aplicado a outros casos *similares*. Da mesma forma, também não se trata de recurso, uma vez que o incidente, embora suscitado no curso da demanda, não se constitui uma forma de impugnação de decisão judicial, propriamente dita, e que gere um novo julgamento, substituindo aquele de grau inferior". OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo Código de Processo Civil*: o incidente de resolução de demandas repetitivas. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

97. CAVALCANTI, Marcos Araújo de. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)* (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman). Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier/Eduardo Talamini. p. 11); DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 625.

98. DISTRITO FEDERAL. TJDFT. Câmara de Uniformização, IDR nº 0014857-26.2016.8.07.0000. Rel. Des. José Divino de Oliveira, j. em 06/06/2016, DJE 23/06/2016, p. 294-295 e TJDFT, Câmara de Uniformização, IDR nº 0022013-65.2016.8.07.0000. Rel. Des. Jair Soares, j. em 25/07/2016, DJE 29/08/2016, p. 302.

99. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 210.

100. CAVALCANTI, Marcos Araújo de, op. cit., 2016, p. 11.

cada um desses processos repetitivos; (c) incidentalidade: o IRDR 'cai', 'incide', 'surge' não apenas sobre os processos repetitivos preexistentes, mas também sobre as causas futuras; e (d) procedimento incidental: o NCPC cria um procedimento específico para o exame das questões comuns de direito, estabelecendo, especialmente nos arts. 976 ao 987, o tratamento legal do IRDR.

A instauração do IRDR exige que haja processos aos quais se apliquem tratamentos distintos no âmbito dos órgãos fracionários do tribunal ou nos juízos de 1° grau, sem que esteja pendente julgamento de causa repetitiva em tribunal superior, possibilitando o surgimento de um negativo efeito multiplicador.

No curso do processo legislativo na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n° 8.046/2010 continha previsão no sentido de que o IRDR seria cabível, independentemente da existência de decisões distintas. Era considerado como um meio de dar maior racionalização e celeridade à prestação jurisdicional. Contudo, por conta da Emenda n° 181/2011, proposta pelo Deputado Bruno Araújo, assim como pela Emenda n° 818/2011, oriunda do Deputado Izalci, reconfigurou-se o instituto para o fim de considerar seu cabimento apenas quando a matéria fosse controvertida no âmbito do tribunal[101].

As competências do Supremo Tribunal Federal - STF (art. 102, CF), do Superior Tribunal de Justiça - STJ (art. 105, CF) e dos Tribunais Regionais Federais – TRFs (art. 108, CF) estão previstas na Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos Tribunais de Justiça (art. 125, § 1°, CF). É certo que inexiste previsão constitucional quanto à existência do IRDR, assim como não cabe ao legislador ordinário instituir competência para os tribunais. No entanto, ele não se confunde com uma ação originária proposta no tribunal, tendo natureza jurídica de incidente processual coletivo. Por outro lado, é permitido ao legislador ordinário criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, sem que isso configure a instituição de competências originárias. Por este modo, não se permite a instauração do IRDR sem que haja processos tramitando no tribunal[102].

A instauração do incidente mostra-se necessária como forma de racionalizar, aperfeiçoar e agilizar a prestação jurisdicional, resguardando a previsibilidade das decisões judiciais[103] e conferindo segurança jurídica. Entretanto, a

101. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

102. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 625.

103. Este é o entendimento firmado por Hermes Zaneti Jr.: "A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando foram decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar. É a própria pretensão de correção, *ratio*, que deve governar, de forma imparcial, os atos humanos e espalhar, em todas as áreas do conhecimento,

simples existência de uma multiplicidade de processos, que versem sobre uma mesma questão de direito, não autoriza, por si só, a instauração do IRDR. Faz-se necessário que a temática neles debatida resulte na fixação de mais de um entendimento no âmbito de um mesmo tribunal[104]. Em inexistindo posições contrapostas, não há o que prevenir, sendo inútil a movimentação do aparelho judiciário[105].

Portanto, é incabível a propositura do IRDR quando as decisões repetitivas são no mesmo sentido[106]. Neste caso, não há utilidade na prestação jurisdicional ante a ausência de interesse processual na instauração do incidente, até porque este não se apresenta como mecanismo de natureza preventiva[107,108].

No curso do processo legislativo do Projeto de Lei que resultaria no CPC/2015, mais especificamente na audiência pública realizada em 16/11/2011, o Desembargador Alexandre Freitas Câmara já advertia que o IRDR não podia ter caráter preventivo, pois sua legitimidade decorreria do amadurecimento do debate, o que ocorreria a partir das decisões proferidas em casos individuais ou coletivos, nos quais houvesse prévia questão controvertida sobre o assunto[109,110]. Sobre o tema, Leonardo Carneiro da Cunha[111] destaca:

os seus efeitos, que está na base da premissa de universalização. Tolhidas as amarras ideológicas da tradição de *civil law*, deve ser claramente percebido que um modelo adequado de precedentes judiciais normativos é capaz de garantir a racionalidade, a igualdade, a previsibilidade (que se desdobra em confiança legítima e segurança jurídica) e a efetividade do ordenamento jurídico para além e complementarmente às normas jurídicas legisladas que já tem por finalidade estes objetivos". ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 299, set. 2014.

104. DISTRITO FEDERAL. TJDFT. IDR nº 20160020123157, Câmara de Uniformização, Rel. Des. Teófilo Caetano, j. em 06/06/2016, DJE 14/07/2016, p. 260/261.

105. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 12 mar.2017.

106. DISTRITO FEDERAL. TJDFT, IDR nº 20160020123157, Câmara de Uniformização, Rel. Teófilo Caetano, j. em 06/06/2016, DJE 14/07/2016, p. 260-261; TJSP, Turma Especial – Público; IRDR nº 2084075-79.2016.8.26.0000. Rel. Des. Erbetta Filho, j. em 26/08/2016, 31/08/2016.

107. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

108. Em sentido diverso considerou o Tribunal de Justiça de Pernambuco: "Importa ressaltar que o incidente possui caráter preventivo, isto é, tão logo verificado o risco potencial da multiplicação de ações idênticas com decisões conflitantes, a sua instauração é medida que se impõe, ainda que não haja sentença de mérito nos processos de origem nem recurso de apelação pendente no tribunal". PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE. Corte Especial, IRDR nº 453851-2. Rel. Des. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, j. em 06/02/2017, DJ 20/03/2017.

109. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

110. Adotam este entendimento: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 843; CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., 2015, p. 479; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 627.

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados *todos* os pontos de vista, com a possibilidade de análise do *maior número possível* de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se ficou a tese jurídica a ser aplicada a casos futuros.

A propósito, é digna de nota a advertência feita por Ronald Dworkin, segundo a qual: 'O problema que surge em todos os casos é saber se os assuntos em discussão estão maduros para uma decisão judicial e se a decisão judicial resolveria esses assuntos de forma a diminuir a probabilidade de (ou eliminar as razões para) novos dissensos.'

Em qualquer assunto, o dissenso *inicial* gera ambivalência, incerteza e, até mesmo, ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. Tolerar o dissenso por algum tempo é, na verdade, uma maneira de permitir que o debate continue até que se alcance maior clareza sobre o assunto. Uma decisão sobre os pontos em disputa, que fixe a tese jurídica para casos futuros, não estabelece, de uma vez por todas, a *ratio decidendi* a ser seguida, ficando a questão em aberto e sujeita a novos questionamentos, com a apresentação de outros argumentos ainda não apreciados e sobre os quais não houve reflexão, análise, ponderação, exame pelo tribunal. É manifestamente alto o risco de haver sucessivas decisões afastando a aplicação do precedente, em razão de algum *distinguishing*, *overrruling* ou *overriding*.

Impõe-se, por tais razões, interpretar o *texto* contido no dispositivo de maneira a dele extrair a *regra* que reclame a prévia existência de sentenças conflitantes, para que se possa instaurar o incidente. Noutros termos, cumpre conferir ao dispositivo interpretação teleológica, com vistas a dele extrair maior rendimento.

Daí por que não se afigura adequado considerar que o incidente seja preventivo, exigindo-se, para sua instauração, a existência de sentenças antagônicas a respeito do tema.

A matéria unicamente fática, em que seja necessário analisar o evento e suas consequências, igualmente não viabiliza a instauração do IRDR[112]. So-

111. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 193, mar. 2011.

112. RIO DE JANEIRO. TJRJ, Seção Cível do Consumidor, IRDR nº 0025701-02.2016.8.19.0000, Rel. Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, j. em 14/07/2016, DJ 18/07/2016.

mente a matéria de direito pode ser objeto do incidente[113]. Em todas as demandas repetitivas em que se discuta a mesma questão jurídica não pode haver controvérsia sobre matéria fática. Nada impede, entretanto, que mais de uma questão de direito seja objeto das inúmeras demandas idênticas.[114]

Por consequência, se a questão debatida for de fato e de direito não será cabível a propositura do IRDR. Muitas das questões decididas na esfera do direito de família, por exemplo, estão fora da pretendida uniformidade da jurisdição por envolverem questões de fato. Mas as questões de tributário terão, em grande medida, pacificadas sua interpretação por se limitarem a questões unicamente de direito. A limitação legal acerca do cabimento do instituto terminou por impedir sua atuação uniforme em todos os âmbitos do direito, limitando-se a certas áreas cuja feição seja fundada no direito e não nos fatos que o circundam.

Não há óbice em se requerer a instauração de mais de um pedido de IRDR, cabendo ao tribunal, ao qual forem apresentados, apensar os que simultaneamente forem apresentados, processando-os, bem como sobrestar e apensar os que a ele sobrevierem. Sem embargo, as razões constantes em todos eles deverão ser consideradas para fins de julgamento do incidente (Enunciado nº 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

É possível haver a instauração simultânea de vários IRDRs sobre a mesma questão de direito controvertida em diversos tribunais de 2º grau, sendo cada um deles competente para deliberar, no seu âmbito de competência, acerca da uniformização da matéria (Enunciado nº 90 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O IRDR pode ser utilizado para uniformizar as mais variadas temáticas, pelo que seu papel é potencializar a atuação da jurisdição, na medida em que se confere a solução de determinada questão a um tribunal de 2ª instância, fazendo com que, no âmbito daquela esfera do Poder Judiciário, haja maior rapidez na solução das controvérsias. Evita-se, deste modo, um debate constante sobre a mesma questão de direito já decidida no incidente, fazendo com que o papel por ele desempenhado seja otimizado, dando concreção ao devido processo legal na perspectiva da duração razoável do processo.

113. Luiz Guilherme Marinoni faz constar: "A questão de direito controvertida poderá tanto ser a questão de fundo (mérito) debatida no processo (ex. inconstitucionalidade de tributo, ilegalidade da cobrança de assinatura básica mensal, direito a corte no fornecimento de energia por falta de pagamento, taxa máxima de juros em cheque especial etc.) como questão incidental (ex. regra prescricional aplicável, natureza de título executivo de contrato de abertura de crédito etc.). É fundamental que a questão seja exclusivamente de direito e que haja efetiva repetição de processos contendo a mesma controvérsia. É o que basta para o cabimento do incidente, na medida em que a grave insegurança jurídica e o risco de coexistirem decisões conflitantes presumem-se da simples existência da questão controvertida e da multiplicação de processos envolvendo-a". MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <www.proview.thomsonreuters.com>.

114. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. em e-book baseada na 1. ed. impressa. Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <www.proview.thomsonreuters.com>.

Deste modo, inexiste limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do IRDR. Logo, é inadmissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento (Enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Os tribunais de 2º grau, sendo eles os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal TJs e TJDFT, os Tribunais Regionais Federais – TRFs, os Tribunais Regionais do Trabalho – TRTs e os Tribunais Regionais Eleitorais – TREs, têm competência para o processo e julgamento do IRDR (art. 15), pelo que podem instaurá-lo, observadas as determinações legais e o disposto na Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/2016 (Enunciado nº 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Portanto, a instauração de IRDR não se limita à Justiça Estatual e Federal, visto que cabe sua aplicação à Justiça do Trabalho quando houverem processos repetidos que versem sobre processos do trabalho e cuja controvérsia seja sobre uma mesma questão de direito (Enunciado nº 347 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

No âmbito da Justiça do Trabalho, os juízes e Tribunais Regionais do Trabalho ficam vinculados às suas súmulas e aos precedentes por ele editados em IRDR ou IAC (Enunciado nº 167 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Estão também subordinados aos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho – TST constante de IAC, firmado em matéria infraconstitucional, quando se tratar de direito e processo do trabalho, assim como às suas súmulas (Enunciado nº 171 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Também é possível o processamento do IRDR em Tribunal Regional Eleitoral quando disser respeito às questões de direito eleitoral e processo eleitoral.

Nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por haver o pedido de uniformização de interpretação de lei federal, o IRDR é incabível.[115]

Fredie Didier Jr. defende que, por não haver impedimento legal, é possível a instauração de IRDR em tribunal superior. Argumenta que, mesmo havendo no Superior Tribunal de Justiça o recurso especial repetitivo, e no Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário com repercussão geral e o recurso extraordinário repetitivo, é viável o IRDR quando se tratar de causas originárias e outros tipos de recursos que tramitem nos tribunais superiores[116]. O Superior

115. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 630.

116. Ibid., 2016, p. 630-631. O referido autor afirma: "O IRDR é cabível em tribunal superior. Não há nada, absolutamente nada, no texto normativo que impeça o IRDR em tribunal superior. Aliás, durante a tramitação legislativa do projeto de lei que deu origem ao CPC-2015, a versão final aprovada pela Câmara dos Deputados continha um parágrafo no art. 978 que dizia expressamente que o IRDR só era cabível em tribunal de justiça e em tribunal regional feral. Na versão final, não há essa restrição. O CPC foi aprovado, enfim, sem qualquer restrição quanto ao cabimento do IRDR. Não há nada, enfim, que vede o IRDR em tribunal superior. As referências a remessa necessária e ao cabimento de recursos extraordinários e especial nos textos normativos não constituem ele-

Tribunal de Justiça, contudo, entende que o IRDR deve ser processado e julgado apenas no âmbito dos tribunais de segunda instância.[117]

A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente (Enunciado nº 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O relator, antes de considerar inadmissível o IRDR, oportunizará a correção de vícios ou a complementação de informações (Enunciado nº 657 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). No entanto, se seus pressupostos de admissibilidade não estiverem satisfeitos, o incidente poderá ser inadmitido. Ao contrário, se estiverem presentes, o incidente poderá ser novamente suscitado (art. 976, § 3º). Neste contexto, vê-se que prevalece a necessidade de padronizar a jurisdição.

O trânsito do IRDR poderá ser negado quando a questão de direito material ou processual repetitiva já houver sido afetada, por meio de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, ou recurso extraordinário com repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (art. 976, § 4º).[118]

Também será inviável seu processamento quando a questão debatida, mesmo tendo dado ensejo a controvérsia no âmbito do tribunal de segunda instância, houver sido uniformizada por tribunal superior em sede de recurso

mentos linguísticos suficientes para denotar a exclusividade do incidente em tribunal de justiça em tribunal regional federal. Imagine-se, por exemplo, o ajuizamento de múltiplos conflitos de competência entre diversos juízos estaduais e do trabalho que digam respeito a questões relacionadas com processos de recuperação judicial. É possível instaurar um IRDR, selecionando dois ou mais deles, com o sobrestamento dos demais, para que seja discutida e definida a questão, com a fixação da tese a ser seguida obrigatoriamente em todo o território nacional. Não há qualquer vedação ao ajuizamento de um IRDR em tal hipótese ora aventada".

117. "Quanto ao Pedido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a competência para o julgamento do referido pedido é dos tribunais de segundo grau. O inciso III do § 4º do art. 942 do CPC/2015, quando faz referência à palavra 'tribunais', deve ser interpretado como as instâncias ordinárias, competentes para o julgamento de Apelação, ou seja, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, e não as instâncias extraordinárias" BRASIL. STJ, Segunda Turma, AgInt. na PET. no REsp. nº 1.577870/DF (2016/0009074-6). Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 15/12/2016, DJe 06/03/2017.

118. Hermes Zaneti Jr. destaca que "A teoria dos precedentes é uma teoria para Cortes Supremas. Isto quer dizer duas coisas: primeiro, que são as Cortes Supremas os principais destinatários de uma teoria dos precedentes por serem cortes de vértice e delas depender a uniformidade da interpretação do direito; segundo, porque também as Cortes Supremas devem ser vinculadas aos próprios precedentes do ponto de vista do ônus argumentativo para afastar a aplicação de um precedente ou superar um precedente antigo na aplicação atual. A teoria dos precedentes é ligada assim à teoria da interpretação e a atividade de interpretação e aplicação do direitos pelos tribunais, decorre, portanto, da ampliação, no Estado Constitucional garantista, dos postulados da jurisdicionalidade e acionabilidade, ou seja, da existência de uma instituição de garantia de segundo grau para o caso de descumprimento de direitos, bem como, da possibilidade de acessar a instituição de garantia responsável para exercício desta garantia, diretamente ou através de órgãos públicos aos quais é atribuída esta competência" ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 294-295, set. 2014.

representativo de controvérsia, em especial quando tiver sido editada Súmula Vinculante.[119]

Tal regramento demonstra a preferência pelo recurso repetitivo em detrimento do IRDR, pois a tese fixada num recurso representativo será aplicada no âmbito nacional, abrangendo, inclusive, o tribunal que poderia instaurar o incidente.[120] Nesta hipótese, caso fosse admitido o incidente por um tribunal, ele estaria a extrapolar da competência que lhe foi conferida. Não estará pacificando, nem uniformizando decisões, mas se limitando a definir parâmetros e traçar diretrizes para que os juízes e desembargadores interpretem/apliquem julgados vinculativos já proferidos pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça[121]. Nesta hipótese, não haverá utilidade e, portanto, interesse processual, em se instaurar um procedimento que só produz efeitos em dado Estado ou Região.[122]

A simples admissão de recurso junto ao STJ e ao STF, sem que haja instalação de procedimento envolvendo recursos repetitivos, não impede a admissão do incidente por outro tribunal.[123] O que não se mostra possível é a sua instauração caso haja a admissão de recursos repetitivos.[124]

Nesta hipótese, é preciso que o tribunal superior já tenha decidido por admitir o recurso de natureza extraordinária, não bastando o mero requerimento de afetação. Sua admissão faz com que o relator, por meio de decisão fundamentada (art. 93, IX, CF/1988), suspenda o incidente até a decisão final do repetitivo. Não é caso de extinção do IRDR, pois, caso o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal não venha a julgar o recurso, fixando a tese, o incidente poderá prosseguir, evitando-se perder a atuação jurisdicional já desempenhada.[125]

119. ACRE. TJAC. Tribunal Pleno, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 1000892-29.2016.8.01.0000. Rel. Des. Laudivon Nogueira, j. em 28/09/2016, DJ 101/10/2016.

120. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 628.

121. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial – Público, IRDR nº 2095249-85.2016.8.26.0000, voto do Des. Rel. Rubens Rihl, j. em 26/08/2016, DJ 01/09/2016.

122. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

123. CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará – TJCE. Sessão de Direito Privado, IRDR nº 8515565-07.2016.8.06.0000, voto do Des. Rel. Francisco Bezerra Cavalcante, j. em 31/10/2016, DJ 03/11/2016.

124. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP. Turma Especial - Privado 2, IRDR nº 2059683-75.2016.8.26, voto do Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em 08/06/2016, DJ 20/06/2016; CEARÁ. TJCE, Sessão de Direito Privado, IRDR nº 8515565-07.2016.8.06.0000, voto do Des. Rel. Francisco Bezerra Cavalcante, j. em 31/10/2016, 03/11/2016.

125. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116. No ponto, acrescentou-se a ideia acerca da necessidade de haver decisão fundamentada para que o incidente venha a ser suspenso.

No caso de ser admitido o recurso repetitivo, quando já estiver em trâmite o incidente, caberá ao tribunal, onde o IRDR é processado, oficiar o órgão julgador que for decidir o repetitivo, remetendo-lhe cópias dos autos e ficando à disposição para prestar as informações que se façam necessárias. Tais providências viabilizam a compreensão do debate instaurado no tribunal de 2º grau, dando subsídios ao tribunal superior para a fixação da tese jurídica com uma melhor compreensão da problemática. O resultado é a prolação de uma decisão mais qualificada.[126]

Na hipótese de o tribunal superior uniformizar o entendimento a respeito de determinado tema, tal como ocorre quando for julgado Recurso Especial repetitivo ou Recurso Extraordinário com repercussão geral, o IRDR não poderá ser admitido.[127] O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, examinando esta hipótese, entendeu por dar início a procedimento de elaboração de verbete sumular, possibilitando que neste caso sejam asseguradas a isonomia e a segurança jurídica no âmbito da sua jurisdição, com a inadmissão de todas as causas que disserem respeito ao tema.[128]

Portanto, a atuação dos tribunais de 2ª instância é suplementar, de modo que a elas caberá decidir, em sede de IRDR, quando o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar ainda não tiverem uniformizado a questão controvertida.

Com o passar do tempo, o IRDR tende a ser um mecanismo cuja utilização, por parte dos tribunais de 2ª instância, se destinará às temáticas que ainda não foram uniformizadas pelos tribunais superiores, cabendo-lhes assim dar o primeiro passo até que os tribunais superiores examinem de modo definitivo a questão. Quando isto vier a ocorrer, aqueles não mais terão espaço para deliberar em sentido diverso, exceto na hipótese de ser alterada a posição firmada. Neste contexto, a jurisdição fica limitada e condicionada à interpretação dada pelas Cortes Superiores.

126. Ibid., 2016, p. 116.

127. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Ravi Peixoto fazem constar: "[...] A mera discordância, independentemente do seu grau, não autoriza às Cortes inferiores a não aplicação do precedente, quando aplicável ao caso em julgamento. Se o precedente é vinculante, em geral, ele só não será aplicado quando demonstrada a distinção, não cabendo aos órgãos a ele sujeitos a elaboração de um juízo de valor. Do contrário, toda a lógica de coerência e integridade do *stare decisis* estaria violada. O fato é que apenas a Corte competente para produzir o precedente (ou Corte Superior) pode revogá-lo. As demais Cortes não possuem esse poder, sendo irrelevante a discordância quanto ao conteúdo, muito embora nada impeça que haja a aplicação do precedente, com a ressalva do entendimento pessoal". ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. *Flexibilidade,* stare decisis *e o desenvolvimento do* anticipatory overruling *no direito brasileiro. Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 289, out. 2014.

128. RIO DE JANEIRO. TJRJ, Seção Cível Comum, IRDR nº 0014128-64.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. em 14/04/2016, DJ 19/04/2016.

Sendo assim, é cabível a admissão de um novo IRDR quando este pretenda superar ou revisar a tese antes fixada[129].

Neste contexto, percebe-se que o sistema conferiu prevalência à posição dos tribunais superiores, cujo papel é dar a última palavra no âmbito da interpretação da Constituição Federal (STF), de lei infraconstitucional federal (STJ), no direito e processo do trabalho (TST), direito e processo eleitoral (TSE) ou direito e processo penal militar (STM), os quais se sobrepõem à jurisdição ordinária decidida pelos tribunais de instância inferior.

3.2. O Caráter Preponderantemente Objetivo

O IRDR busca objetivar a jurisdição, fixando tese jurídica sobre determinada matéria, para, após, esta ser aplicada à "causa-piloto". Por isso, a desistência ou abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente (art. 976, § 1°).

Tal previsão legal tem nítida inspiração no entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do exame acerca da possibilidade de desistência de recurso especial representativo de controvérsia. Lá ficou assentado ser inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal, formulado quando já iniciado o julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, pois o recorrente não tem o poder de determinar ou manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional, sob pena de atentar contra a dignidade da Justiça. Ao recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, mas não do interesse coletivo[130].

No caso do IRDR, a desistência ou abandono impossibilita, unicamente, o julgamento de mérito do caso concreto, sem que reste inviabilizada a formação da tese jurídica e, por consequência, do padrão decisório. Neste caso, o Ministério Público assumirá a titularidade do incidente, passando a nele atuar como parte (art. 976, § 2°)[131], caso não se trate de ação coletiva. No entanto, se a desistência ou abandono se der em causa-piloto oriunda de ação coletiva, caberá ao Ministério Público, ou qualquer outro colegitimado, assumir o polo ativo[132].

Na hipótese de abandono ou pedido de desistência, fica evidenciado o caráter marcadamente objetivo do IRDR. O processo subjetivo separa-se do incidente, competindo a este apenas fixar uma tese jurídica. Ainda que a parte desista ou abandone a causa que deu origem ao IRDR, poderá ser interposto Recurso Especial ou Recurso Extraordinário (Enunciado n° 604 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

129. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116.

130. BRASIL. STJ. Corte Especial, QO no REsp. nº 1.063.343/RS (2008/0128904-9), voto da Min. Rel. Nancy Andrigui, j. em 17/12/2008, DJe 04/06/2009.

131. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 482.

132. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 213, jun. 2016.

Nesta toada, percebe-se que o IRDR surge como mecanismo de proteção ao ordenamento jurídico. O interesse público encontra-se em patamar superior ao interesse privado, ante a necessidade de dar-se uma solução uniforme à questão controvertida, com a expansão da eficácia da decisão para os demais processos que tratem da mesma temática. Esta foi a razão pela qual se optou pelo descabimento do pedido de desistência do incidente. Vigora o princípio da indisponibilidade[133].

No IRDR, as particularidades fáticas são abstraídas para que possa ser fixada a tese sobre a questão jurídica. Seus elementos fáticos concretos não têm o mesmo sentido que se extrai do julgamento das decisões que formam os precedentes no *common law*[134]. No IRDR, a situação fática não é averiguada e demonstrada, sendo, portanto, *virtual* e não *real*. Em razão disso, o tribunal deverá adotar razões universalizáveis, mesmo que não sejam absolutas, para que ocorra a necessária abstração, de modo que a tese firmada possa ser aplicada às demais demandas repetitivas[135].

133. Nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade não se admite o pedido de desistência, ante a incidência do princípio da indisponibilidade da ação (BRASIL. STF Tribunal Pleno, ADI nº 4.125/TO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 10/06/2010, DJe-030 div. 14-02-2011 pub. 15-02-2011), o qual está expresso na lei que regulamenta o processo e julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 5º da Lei nº 9.868/1999). Não se está a afirmar, no entanto, que as características próprias do controle de constitucionalidade abstrato são aplicadas de modo irrestrito ao IRDR, até porque neste se permite que a parte desista da "causa-piloto". Mas é preciso observar que, pela própria conformação legal do instituto, percebe-se que ele tem aproximação com certos mecanismos aplicáveis ao processo objetivo e outros inerentes ao processo subjetivo. No entanto, possui uma técnica processual própria, com elementos que o particularizam, o que, portanto, exige um exame mais cuidadoso quanto aos elementos que o informam.

134. Sofia Temer acrescenta: "O tratamento à matéria fática é bastante distinto, até porque não é possível ignorar que, além de ser uma decisão proferida em processo dessubjetivado, há outro aspecto essencial que em geral diferencia os sistemas sob influência do *civil law*, que diz respeito à prévia definição de uma moldura fática pelo legislador, o que configura uma pré-valoração dos fatos mediante a criação de uma hipótese de incidência, influenciando, por consequência, a atividade do julgador quanto à análise e definição dos fatos efetivamente ocorridos. Afirmar que a atividade de cognição e julgamento é predominantemente de direito não significa ignorar aspectos fáticos, até porque isso seria inviável para a compreensão do fenômeno jurídico. Significa dizer que a apuração dos fatos concretos e a produção de provas acerca das alegações fáticas será dispensada, porque o juízo será feito a partir de uma projeção de tais circunstâncias. Haverá, como mencionamos anteriormente, uma projeção da situação fática padrão, extraída das circunstâncias dos processos afetados e também dos demais casos que venham a integrar o incidente com a função de instruí-lo, sobre a qual incidirá a *tese jurídica*. O tribunal, para apreciação da questão de direito, *abstrairá das circunstâncias concretas um fato-tipo*, o qual será descrito na decisão. Há, como mencionamos, abstração e concretude. Assim, não se quer dizer que apenas será relevante a definição jurídica, o que poderia acarretar no extremo de defender-se a aplicação da tese jurídica a qualquer fato. Esse entendimento acarretaria na *extirpação* de elementos fáticos e não da sua *abstração*, que é o que defendemos" TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202-204.

135. Ibid., 2016, p. 204-206.

Assim sendo, resta claro que o IRDR está voltado a racionalizar a prestação jurisdicional, com a compatibilização vertical das decisões judiciais, através da uniformização do julgamento de questão unicamente de direito que impacte em várias causas[136]. Com isso, o precedente pode ser aplicado a cada caso concreto[137], dentre as quais aquele que foi afetado para servir de paradigma ao julgamento.

3.3. A Gratuidade das Custas Processuais

A propositura do IRDR não exige o pagamento de custas processuais (art. 976, § 5º). Não se pode deixar de conhecê-lo com fundamento na ausência de seu recolhimento. Apesar disso, tal benefício não alcança o recurso especial ou extraordinário interposto do acórdão que julgar o incidente[138].

Há quem diga ser tal elemento um indicativo da sua dessubjetivação (ou objetivação) com a finalidade de tutelar o ordenamento jurídico, sua integridade e coerência[139]. No entanto, é preciso observar que nas ações constitucionais de caráter subjetivo (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular) também não se exige o pagamento de custas processuais para propô-las no Poder Judiciário. Ao se conferir a isenção das custas processuais, pretende-se, por escolha política, viabilizar o acesso à Justiça em ações de maior relevância para a ordem jurídica pátria, como se dá com o IRDR.

O IRDR tem caráter marcadamente objetivo por não discutir direitos subjetivos, mesmo que eles sejam incidentalmente solucionados quando a tese jurídica vier a ser assentada[140].

136. O Desembargador Guaraci de Campos Viana, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, destacou "Como cediço, diante do fenômeno da litigiosidade de massa, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR - foi criado com o objetivo de promover a isonomia, a segurança, a coerência e a igualdade jurídica, assim como a confiança legítima, por meio do julgamento em bloco e da fixação da tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, na área de jurisdição do respectivo Tribunal. Através dele, buscando-se maior racionalização e eficiência dos meios processuais, irá ocorrer a concentração de processos que versem sobre a mesma questão jurídica e com isso a decisão proferida irá vincular os demais casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador". RIO DE JANEIRO. TJRJ. Tribunal Pleno. IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000. Rel. Des. Guaraci de Campos Viana, j. em 21/07/2016, DJ 25/07/2016.

137. ESPÍRITO SANTO. TJES. Tribunal Pleno. IRDR nº 0021527-53.2016.8.08.0000, voto da Des. Rel. Samuel Meira Brasil Junior, j. em 21/07/2016, DJe 26/07/2016.

138. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 635.

139. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 120.

140. Vallisney de Souza Oliveira pontua: "Quanto ao aspecto econômico do princípio do acesso à justiça, o IRDR dispensa o pagamento de custas. Embora não haja previsão no CPC/2015, pode-se inferir, pela interpretação sistemática e teleológica do instituto, que no âmbito estreito do incidente não haverá pagamento de honorários advocatícios. Essa circunstância estimulará, de algum modo, o autor e o réu a solicitar instauração do incidente, visto que não haverá despesas processuais para as partes. No entanto, a isenção se restringe ao incidente, pois, para a causa originária e para as demais causas suspensas repetitivas, se tiverem continuidade, não haverá dispensa de pagamento de honorários, nem de custas, salvo as exceções legais". OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, p.77, abr./jun. 2016, p. 77.

Demonstra-se, assim, que a busca pela pacificação dos conflitos, por meio da uniformização do posicionamento emanado do Poder Judiciário, sobrepõe-se ao pagamento de valores para ter acesso à jurisdição. Tal previsão explicita o teor democrático do instituto, cuja feição é, marcadamente, a de viabilizar uma prestação jurisdicional igualitária.

3.4. O Papel Desempenhado pelo Ministério Público

O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor o IRDR[141], assim como assumir sua titularidade na hipótese de ser formulado pedido de desistência ou vir a ocorrer seu abandono. Caso não passe a conduzi-lo, nele obrigatoriamente atuará como fiscal da ordem jurídica (art. 976, § 2º)[142].

Fredie Didier Jr. entende que "o Ministério Público poderia, até mesmo, em vez de requerer a instauração do IRDR, ajuizar ação civil pública para resolução coletiva da questão"[143]. Acrescente-se que, além do MP, a Defensoria Pública detém, igualmente, legitimidade para propor a ação civil pública (art. 5º, II, Lei nº 7.347/1985), pelo que esta também poderia propor tal medida processual em vez do incidente.

Não há previsão para que as partes e o Ministério Público sejam ouvidos na fase inaugural. Suas manifestações, oral e escrita, são colhidas após a admissão do IRDR. No Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, todavia, o Ministério Público deve ser ouvido previamente (art. 948)[144].

141. Sofia Temer defende que "ao adotar a concepção de que a atuação do Ministério Público é justificada por sua atribuição de preservação da ordem jurídica objetiva, dispensa-se a administração casuística de 'relevância social' ou outro requisito similar". TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 192. Fredie Didier Jr. discorda deste entendimento por considerar que "a legitimidade do Ministério Público para requerer o IRDR deve, na mesma linha da legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública, ser aferida concretamente, somente sendo reconhecida se transparecer, no caso, relevante interesse social". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.633.

142. Sofia Temer defende que, além do Ministério Público, outros sujeitos que tenham seus processos sobrestados poderiam substituir aquele que desistiu ou abandonou o incidente "quando se evidenciar que é necessário para a amplitude do debate". TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 156.

143. DIDIER JR., Fredie op. cit., 2016, p. 633.

144. MINAS GERAIS. TJMG, 1ª Seção Cível, IDR nº 0186151-81.2016.8.13.0000 (1), voto do Des. Rel. Alberto Vilas Boas, j. em 15/06/2016, DJ 24/06/2016.

A participação do Ministério Público é obrigatória[145]. Busca-se a ampliação da cognição, qualificando o debate para a formação do precedente[146]. Ao requerer a instauração do incidente, não funcionará como interveniente na condição de "fiscal da ordem jurídica" (art. 178). Presume-se que sua atuação já corresponde a essa finalidade, resguardando a ordem jurídica pátria[147]. Sua legitimidade deve ser examinada concretamente, somente sendo reconhecida se estiver presente relevante interesse social[148].

Mas, caso o IRDR seja instaurado por provocação de terceiro, o MP será intimado (art. 932, VII), podendo então desempenhar o papel de *custos iuris*. Não é necessária sua manifestação, bastando que tenha havido sua intimação. Portanto, a ausência de parecer ministerial não provoca a nulidade do processo[149].

O Ministério Público será aquele que impulsionará o incidente, caso o proponente dele venha a desistir, como antes dito. Mas, o representante do MP, ante o princípio da independência funcional (art. 127, § 1°, CF/1988) - que se apresenta como corolário da separação dos poderes -, está desobrigado de atuar no polo ativo do IRDR caso não se convença da presença dos seus pres-

145. Ricardo de Barros Leonel adota este entendimento: "[...] Daí concluirmos ser *obrigatória* e *absolutamente indispensável* a intervenção ministerial no incidente de julgamento de demandas repetitivas, não sendo viável sustentar a falta de prejuízo para afastar a nulidade pela ausência de intervenção, assim como não seria possível aceitar que uma ação direta de inconstitucionalidade fosse julgada sem atuação do chefe do MP como fiscal da ordem constitucional. Ademais, essa intervenção deve ser proativa. Ao atuar no incidente em análise, o órgão ministerial não se deverá limitar à tradicional oferta do parecer, mas sim agir como se, verdadeiramente, ele mesmo fosse o autor de uma ação coletiva de grande relevo social. Deverá, por exemplo: (a) postular diligências que se fizerem necessárias para o melhor esclarecimento da questão a ser examinada; (b) ter vista dos autos e se manifestar especificamente e de modo consistente, sempre que surgir algum debate relativo ao procedimento, antes da decisão do relator ou do próprio Tribunal; (c) opinar relativamente aos pedidos de intervenção dos interessados, tendo como perspectiva a pluralização do debate, mas também a ordem processual e necessidade de rápida solução do incidente; (d) realizar sustentação oral na sessão de julgamento; e assim por diante, buscando sempre trazer, concretamente, elementos que iluminem os caminhos a serem seguidos pelo tribunal" LEONEL, Ricardo de Barros. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 1, 2012, p. 183.

146. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 611.

147. O Ministério Público, assim como a Defensoria Pública, também poderá requerer a instauração do IRDR para o fim de fazer a defesa de suas prerrogativas e funções institucionais. Nesta hipótese, o *Parquet* estará habilitado a atuar no incidente em nome próprio e não como fiscal da ordem jurídica. A questão será aprofundada num dos próximos tópicos quando se abordar as formas de atuação da Defensoria Pública, mais especificamente seus "direitos-função". O que lá for dito aplica-se, de igual modo, ao Ministério Público.

148. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 633.

149. Ibid., 2016, p. 611.

supostos[150]. A norma constitucional sobrepõe-se à regra contida no CPC/2015, pelo que o representante ministerial deve estar convencido da presença dos requisitos para que possa manejá-lo[151].

3.5. A Forma de Instauração e o Endereçamento

O pedido de instauração do incidente é dirigido ao presidente do tribunal[152]: 1) pelo juiz[153] ou relator[154], por ofício[155]; 2) pelas partes[156], por petição; 3)

150. O art. 9º da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) prevê que se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição de instância, fica assegurado a qualquer cidadão e ao representante do Ministério Público, promoverem o prosseguimento da ação (art. 9º), assim como estabelece que, após prolatado acórdão condenatório pela segunda instância e vindo a decorrer 60 (sessenta) dias sem que o autor da ação ou terceiro promova sua execução, caberá ao Ministério Público promovê-la em 30 (trinta) dias, sob pena de falta grave (art. 16). No entanto, analisando a incidência da previsão legal contida no art. 9º da Lei da Ação Popular, o Tribunal de Justiçado Distrito Federal e Territórios veio a entender que "A extinção da ação popular em decorrência do manifesto desinteresse do autor em dar prosseguimento à demanda enseja a publicação de editais, tal qual dispõe o artigo 9º da Lei 4.717/1965, dada a relevância do bem jurídico tutelado. O Órgão do Ministério Público não está obrigado a assumir a titularidade da ação popular, sobretudo quando verificar que a demanda não terá utilidade prática". DISTRITO FEDERAL. TJDFT, 3ª Turma Cível, Reexame Necessário nº 0003853-38.2006.8.07.0001, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, j. em 15/08/2013.

151. O Supremo Tribunal Federal já destacou que a independência funcional conferida ao Ministério Público legitima um dos seus órgãos a atuar sem que esteja vinculado a pretensão dos demais (BRASIL. STF. Primeira Turma, MS nº 725.491 AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/05/2015, DJe-113 div. 12-06-2015 pub. 15-06-2015), desde que respeite à Constituição da República e às leis. BRASIL. STF. Segunda Turma, MS nº 28.408/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 18/03/2014, DJe-114 div. 12-06-2014 pub. 13-06-2014.

152. O pedido de instauração de IRDR não pode ser dirigido ao relator de ação ou recurso em trâmite no tribunal, mas ao seu Presidente, sendo este o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Assim, percebe-se que não se trata de requerimento a ser analisado pelo relator do processo, mas sim que poderá ser feito pela própria parte, caso entenda pertinente e adequado ao caso concreto, mas dirigido do Presidente do Tribunal de Justiça". RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Décima Sétima Câmara Cível, Agravo Nº 70072022676, voto do Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, j. em 23/02/2017.

153. Conforme observa Fredie Didier Jr. "ao juiz confere-se legitimidade para suscitar o IRDR, mas não a qualquer juiz. Deve ser um juiz que tenha sob sua presidência uma causa que apresente uma questão de direito repetitiva, que merece ser submetida a um IRDR. [...] Pode, até mesmo, sérum juiz de juizado, que não terá um processo seu apreciado pelo tribunal, mas este pode, em IRDR, definir a tese relativa a uma questão de direito que esteja sendo discutida em causas repetitivas, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.632.

154. Fredie Didier Jr. mais uma vez, adverte: "O art. 977 do CPC menciona o juiz ou o relator. Nada impede, porém, que o próprio colegiado suscite o IRDR, a ser encaminhado ao órgão competente para admiti-lo. Se o relator pode suscitar, o colegiado, com muito mais razão, também pode". Ibid., 2016, p.633.

155. O Enunciado nº 658 do FPPC dispõe: "O dever de comunicação previsto no inciso X do art. 139 não impede nem condiciona que o juiz suscite a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas nos termos do inciso I do art. 977".

pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública[157], por petição (art. 977). Deve ser instruído com os documentos necessários a sua admissão e estarem presentes os pressupostos de admissibilidade[158]. Não é cabível outro meio de prova[159].

No trâmite do PL nº 8.046/2010, o Deputado Miro Teixeira chegou a apresentar a Emenda nº 669/2011. O intuito era que o IRDR pudesse ser suscitado no tribunal local apenas por deliberação de seu plenário ou órgão especial, onde houvesse. Ocorre que, mesmo tendo o Deputado Paulo Teixeira, relator-geral da Comissão Especial instalada pela Câmara dos Deputados, destinada a proferir parecer do Projeto, votado pela constitucionalidade, juridicidade e da adequada técnica legislativa da proposta, manifestando-se favorável à sua aprovação[160], tal previsão não foi inserida no CPC/2015. Logo, inexiste limitação expressa sobre quais órgãos do tribunal podem determinar a instauração do incidente.

O IRDR é endereçado ao Presidente do tribunal, a quem compete determinar sua distribuição, mas não julgá-lo, cabendo tal competência ao órgão definido no regimento interno do tribunal. A competência para seu julgamento deverá ser atribuída ao órgão do tribunal que possua atuação relacionada à temática nele debatida. Quando a questão controvertida for mais abrangente, de modo a repercutir sobre outros órgãos fracionários, a deliberação cabe àquele que for a eles superior, evitando com isso divergências internas[161].

O endereçamento tem como finalidade conferir ao Presidente da corte o papel de indicar qual órgão do tribunal tem competência para o seu processo e consequente julgamento. Não vai além de tal atribuição, visto que sua atuação, neste aspecto, é meramente administrativa e não jurisdicional.

A Emenda nº 750/2011 apresentada ao PL nº 8.046/2010, proposta pelo Deputado Jerônimo Goergen, pretendia excluir a Defensoria Pública e as partes de requererem a instauração do IRDR. Entretanto, tal proposição foi rejeitada. O intuito foi conferir ao incidente ampla legitimação, sem que seu ajuizamento fique restrito à magistratura e ao Ministério Público, apenas[162].

156. Fredie Didier Jr. diz haver aqui uma "pertinência subjetiva" pois "é preciso ser parte num processo que verse sobre tema que repercuta para diversas outras causas repetitivas". Ibid., 2016, p.633.

157. Em tópico mais a frente será abordada a forma de atuação da Defensoria Pública no âmbito do IRDR e do IAC.

158. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

159. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 632.

160. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

161. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar um IRDR na qual se pretendia analisar a possibilidade de realização do "arresto eletrônico, antes mesmo da citação dos executados", considerou que esta matéria, por ser de amplo espectro, seria aplicável não somente "às ações execuções fiscais mas também as execuções civis", até porque a matéria teve sua gênese na Justiça do Trabalho, pelo que entendeu não ser possível que a decisão fosse emitida por um órgão meramente setorizado, cabendo seu exame ao Órgão Especial do tribunal. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial – Público, IRDR nº 2089108-50.2016.8.26.0000. Rel. Des. Wanderley José Federighi, j. em 26/08/2016, DJ 29/08/2016.

Os juízes e as partes com processos no Juizado Especial podem suscitar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas (Enunciado nº 605 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Em havendo mais de um ofício ou pedido requerendo a instauração do IRDR, devem ser reunidos para decisão conjunta. Mas, na hipótese de já ter ocorrido a admissão da instauração, com a consequente suspenção dos processos em curso, o pedido que vier a surgir é encaminhado, por prevenção, ao órgão julgador no qual estiver em trâmite o incidente[163].

A instauração simultânea de IRDRs em tribunais distintos, mas com o mesmo objeto, não impede que, em cada um deles, haja tramitação autônoma junto ao órgão jurisdicional em que foi instaurado. Não é hipótese de reuni-los, sendo até mesmo possível que surjam decisões divergentes. A uniformização, no âmbito nacional, poderá ocorrer caso seja interposto Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, hipótese em que são suspensas, em todo o território nacional, as ações que estão em trâmite, no que se incluem os incidentes já instaurados[164].

Caso a instauração decorra de provocação, por ofício, de um juiz de 1º grau, este não atuará no incidente. O desempenho de sua atividade funcional dá-se junto a órgão jurisdicional que compõe a base do Poder Judiciário enquanto o IRDR tramita num tribunal.

Pode ocorrer de uma parte, de dado processo, requerer a instauração do incidente e o tribunal, ao acolher o pedido, considerar que outro deve ser a "causa-piloto". Surge, então, o problema de identificar qual "caso concreto" pode viabilizar a instauração do IRDR. O CPC/2015 não fornece uma solução expressa, mas, por existir um microssistema de formação de precedentes vinculantes, adota-se, mesmo que com adaptações, o regramento utilizado para a seleção de Recursos Especiais e Extraordinários repetitivos (art. 1.036, § 6º). Separa-se o processo pendente que preencha os requisitos de admissibilidade, assim como traga uma ampla argumentação e discussão sobre da questão a ser decidida. Compete ao tribunal verificar qual processo abrange um maior debate sobre a matéria de direito a ser examinada[165].

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem que, na hipótese em que o objeto da ação coletiva seja diferente do incidente de julgamento de casos re-

162. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

163. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 115.

164. Ibid., 2016, p. 115.

165. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

petitivos, mas, dentre as causas repetitivas, haja uma ação coletiva, esta deverá ser selecionada como causa piloto[166].

3.6. A Prova Documental a Demonstrar o Cumprimento dos Requisitos de Admissibilidade

Compete a quem requer a instauração do incidente, por ofício ou petição, instruí-lo com os documentos necessários a demonstrar o preenchimento dos pressupostos de instauração do incidente (art. 977, parágrafo único).

Exige-se a juntada das provas comprobatórias da alegada divergência que possam resultar em julgamentos contraditórios, gerando desse modo insegurança jurídica[167]. Caso se perceba não estar demonstrada tal dissonância, é possível requisitar-se ao legitimado, que requereu sua instauração, ou a outros legitimados, a complementação probatória[168].

Tais documentos consistem em certidões expedidas pelos tribunais superiores, nas quais conste a informação a respeito da inexistência de decisão em sede de recursos repetitivos, assim como certidão, emitida pelo próprio tribunal, demonstrando a existência de vários processos em que se discute uma mesma questão jurídica. Cópias de processos também têm o condão de demonstrar a existência da divergência capaz de possibilitar a instauração do IRDR.

166. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 212-213, jun. 2016. E exemplificam: "No caso de Mariana, o maior acidente ambiental da história do Brasil, existirão, provavelmente, várias ações individuais de indenização, mas a ação coletiva já ajuizada para discutir a responsabilidade e sua extensão deve ser analisada prioritariamente como caso piloto, caso ocorra a afetação a um incidente de resolução de demandas repetitivas, pois a característica de indivisibilidade do grupo, decorrente do litígio global envolvendo o meio ambiente, e a maior representatividade dos interesses do grupo na ação coletiva, são essenciais ao julgamento do incidente neste caso. Muito embora exista uma concomitância de situações jurídicas distintas, há uma predominância da tutela coletiva. A ação coletiva neste caso não admite a opção pela exclusão. Tutela direitos difusos. Quando a situação jurídica ambiental é principal a técnica das ações coletivas *opt-out* deve predominar para garantir a adequada tutela".

167. Neste sentido: "O instrumento que veicula o pedido de instauração do IRDR deverá ser instruído com documentos suficientes para a demonstração da efetiva repetição de processos, da identidade da questão unicamente de direito que se repete, do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, com cópias de processos que demonstre existir uma mesma questão de direito repetidamente discutida e cópias de decisões que demonstre existirem entendimentos colidentes sobre uma única questão de direito". CASTRO, Marcelo Soares. *Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Novo CPC anotado e comparado para concursos. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 983.

168. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 120.

O IRDR não admite a mera discussão teórica e abstrata da questão de direito objeto do debate[169]. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[170] considerou possível baixar o incidente em diligência quando for necessário esclarecer algo sobre as teses jurídicas discutidas. Contudo, tal providência não deve dizer respeito a questões genéricas ou particularidades voltadas ao deslinde de certo caso concreto. O tema, sobre o qual recai a dúvida, por sua vez, deve ser precisamente delimitado.

3.7. O Órgão Competente para o Processo e Julgamento

O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978). Tal regra aplica-se, por analogia, ao Incidente de Assunção de Competência.

O Professor Marcelo Weick, quando da Conferência estatual realizada no dia 11/11/2011, em João Pessoa, no curso do processo legislativo que resultou no CPC/2015, sugeriu que o órgão, ao qual caberia julgá-lo, deveria ser o plenário ou, onde houvesse, o órgão especial do tribunal, por competir-lhes decidir sobre o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Fundamentou tal posição no fato de conferir uniformidade à jurisprudência, até porque muitas são as questões repetitivas que dão ensejo à interpretação da Constituição Federal. No entanto, o Deputado Paulo Teixeira, relator-geral da Comissão Especial instalada pela Câmara dos Deputados, ao proferir parecer sobre o Projeto n° 8.046, de 2010, advertiu não ser possível o CPC trazer a previsão quanto ao órgão competente para julgar o IRDR, pois o art. 96 da Constituição Federal confere aos tribunais competência privativa para disciplinar as atribuições de seus órgãos internos[171].

Assim sendo, por competir a cada tribunal, privativamente, por meio de seus regimentos internos, dispor sobre a competência e o funcionamento dos seus órgãos, sejam eles jurisdicionais ou administrativos (art. 96, CF/1988), o legislador não pode interferir, disciplinando a questão[172].

A Emenda n° 694/11 ao PL n° 8.046, oriunda do Deputado Jerônimo Goergen, pretendia incluir previsão no sentido de que o órgão competente para admitir o IRDR fosse composto, em sua maioria, por desembargadores que

169. RIO DE JANEIRO. TJRJ, Seção Cível do Consumidor, IRDR nº 0018554-22.2016.8.19.0000. Rel. Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, j. em 14/07/2016, DJ 18/07/2016.

170. RIO DE JANEIRO. TJRJ, Seção Cível Comum, IRDR nº 0014128-64.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco, j. em 14/04/2016, DJ 19/04/2016.

171. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

172. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 631.

integrem órgãos fracionários com atribuição recursal para o julgamento da matéria. O Deputado Paulo Teixeira, relator-geral da Comissão Especial instalada pela Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer, manifestou-se favorável à aprovação da emenda[173], mas esta veio a ser rejeitada. Isto posto, o membro do tribunal a quem competir julgar o incidente poderá ser oriundo de órgão que tenha ou não competência para decidir o tema em debate.

O incidente é dirigido ao Presidente, a quem cabe receber e fazer a remessa ao órgão competente, conforme previsão contida no regimento interno do tribunal[174]. Tal órgão deverá ser um daqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal, assim como ter atuação específica na matéria objeto do incidente[175].

No caso do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, ou quando se pretenda declarar a inconstitucionalidade de norma em ação de controle concentrado, junto ao Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, a decisão deve emanar do órgão máximo do tribunal, sendo este o tribunal pleno ou, onde houver, o órgão especial por força da cláusula de reserva de plenário (art. 948 e ss., CPC; art. 93, XI e art. 97, da CF/88)[176].

No entanto, não será possível fazer controle negativo de constitucionalidade no IRDR na hipótese em que, quem o suscitar, não tenha legitimidade ativa para fazer instaurar ação de controle concentrado de constitucionalidade, e

173. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407.

174. Alexandre Freitas Câmara defende que "[...] deve ser interpretado no sentido de que deverá caber ao mesmo órgão colegiado a competência para conhecer do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 480.

175. Fredie Didier Jr. destaca que: "É comum que órgãos especiais ou órgãos de maior composição, destinados a editar enunciados de súmula ou a uniformizar a jurisprudência, nos tribunais onde há, sejam compostos, em maioria ou em quantidade considerável, por membros que integras diferentes câmaras, turmas ou órgãos que examinam assuntos díspares entre si. Órgãos especiais têm, muitas vezes, membros de câmaras, turmas ou órgãos criminais. O regimento interno, sempre que possível, deve indicar, para julgamento do IRDR, órgão que tenha, em sua composição majoritária, desembargadores que componham turmas ou câmaras com competência para o julgamento da matéria discutida no incidente. É conveniente, enfim, que o órgão que deve definir a *ratio decidendi* – a orientar o futuro julgamento de diversos processos – seja composto por julgadores que tenham afinidade com o tema". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 631-632.

176. Neste sentido: TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 119-120; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481. De igual forma considerou o Tribunal de Justiça de Pernambuco: "Acrescente-se que é da Corte Especial a competência para processar e julgar o incidente, uma vez que a tese jurídica a ser firmada pressupõe a análise de controvérsia constitucional a ser dirimida por este colegiado e vinculará os demais órgãos julgadores do Tribunal (art. 985, I, CPC). Desse modo, não é possível que o Grupo de Câmaras de Direito Público vincule decisão a ser tomada pela Corte Especial em matéria constitucional". PERNAMBUCO. TJPE. Corte Especial, IRDR nº 453851-2. Rel. Des. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, j. em 06/02/2017, DJ 20/03/2017.

quando sua instauração não vier a ocorrer num Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal. O incidente, mesmo sendo um mecanismo de controle difuso de constitucionalidade, termina por produzir efeito compatível com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, pois vincula a jurisdição quanto aos processos em curso e os que venham a ser propostos, os quais receberão o mesmo resultado jurídico. O TJ e o STF são os únicos tribunais no Brasil que se mostram competentes para o processo e julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade das leis ou atos normativos (arts. 102, I, e 125, § 2°, da CF/1988)[177].

Caso não se pretenda a declaração de inconstitucionalidade, o IRDR poderá ser julgado por órgãos cuja composição seja fracionária.

Feita a distribuição ao órgão competente, o relator submeterá o incidente ao colegiado para que ocorra o juízo de admissibilidade, lavrando-se o respectivo acórdão[178].

Sofia Temer observa que a competência dos tribunais de 2ª instância, para o processo e julgamento do IRDR, decorre de uma previsão legal e não constitucional[179], o que poderia levantar a arguição de sua inconstitucionalidade. O argumento seria de que restariam ofendidas as competências dos tribunais, haja vista caber à Constituição Estadual, de cada Estado-membro, disciplinar sobre a competência do Tribunal de Justiça que nele se situar (art. 125, § 1°, CF/88), e à Constituição Federal fixar as competências dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, da CF/88). O IRDR, contudo, não é inconstitucional por competir aos tribunais rever as decisões proferidas pelos juízos de primeiro grau, mantendo a coerência e a unidade na interpretação do direito, sendo meio de concretização dos princípios da isonomia e da segurança jurídica. O incidente está implicitamente previsto dentre as competências atribuídas aos tribunais, tal como ocorre com o Incidente de Suspeição ou Impedimento (art. 146), a Reclamação (art. 988, IV), a Suspensão de Segurança e o Desaforamento, este último no processo penal (art. 427, CPP), os quais, de igual modo,

177. Esta foi a compreensão do Tribunal de Justiça do Paraná, senão vejamos: "Há ofensa ao princípio da simetria a inobservância do artigo 103 da Constituição Federal combinado com o artigo 101, inciso VII, alínea 'f' da Constituição Estadual a utilização de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR- em supressão à Ação Declaratória de Constitucionalidade neste Tribunal de competência do Órgão Especial pela Paraná Previdência, instituição sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, com natureza de serviço social autônomo paradministrativo que não compõe o rol de partes legitimadas nos textos constitucionais". PARANÁ. TJPR. Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1535595-4. Rel. Des. Lenice Bodstein, j. em 15/07/2016, DJ 1850 de 27/07/2016.

178. DISTRITO FEDERAL. TJDFT. Câmara de Uniformização, IRDR nº 0019724-62.2016.8.07.0000, voto do Des. Rel. Jair Soares, j. em 25/07/2016, DJ 29/07/2016.

179. A referida autora compara o IRDR com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF "incidental" ou "paralela", cuja previsão consta no art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99. Esta modalidade de ação não pode ser manejada, pois está suspensa por força da liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2.231/DF.

não estão elencados dentre as competências constitucionalmente estabelecidas, mas são adotados por força de previsão legal[180].

Convém nesta oportunidade rememorar a observação antes referida no sentido de que o legislador ordinário pode instituir incidentes processuais para causas originárias e recursais nos tribunais, mas não competências originais[181], por serem estas hipóteses taxativas previstas na Constituição. Por isso, não há que se falar em inconstitucionalidade do IRDR.

3.8. A "Causa-Piloto": Recurso, Remessa Necessária ou Processo de Competência Originária

A Emenda n° 690/11, proposta pelo Deputado Jerônimo Georgen ao PL n° 8.046/2010, pretendia que as ações coletivas - que fossem precedidas da instauração de inquérito civil ou outros procedimentos administrativos investigatórios -, tivessem precedência às demandas individuais para efeitos de instauração e processamento do incidente e a formação da decisão paradigma. Porém, tal proposta foi rejeitada sob a justificativa de que estaria a desvirtualizar o sentido original do projeto. Este pretendia que houvesse julgamento de demandas iguais como forma de dar maior racionalização e celeridade na prestação jurisdicional, independentemente de elas decorrerem de processos individuais ou coletivos[182].

O órgão colegiado competente para julgar o IRDR e fixar a tese jurídica também o será para julgar o processo de competência originária, o recurso ou a remessa necessária de onde resultar o incidente (art. 978, parágrafo único).

180. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 108-115.

181. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 625. O Tribunal de Justiça do Paraná adota este entendimento: "Sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal. O incidente há de ser instaurado no caso que esteja em curso no tribunal". "Se não houver caso em trâmite no tribunal, não se terá um incidente, mas um processo originário. E não é possível ao legislador ordinário criar competências originárias para os tribunais. As competências do STF e do STJ estão previstas, respectivamente, no art. 102 e no art. 105 da Constituição Federal, as dos tribunais regionais federais estão estabelecidas no art. 108 da Constituição Federal, cabendo às Constituições Estaduais fixar as competências dos tribunais de justiça (art. 125, § 10, CF). O legislador ordinário pode - e foi isso que fez o CPC - criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais. É também por isso que não se permite a instauração do IRDR sem que haja causa tramitando no tribunal". PARANÁ. TJPR. Seção Cível Ordinária, IRDR nº 1535595-4, voto da Des. Rel. Lenice Bodstein, j. em 15/07/2016, DJ 1850 de 27/07/2016.

182. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

O IRDR pode decorrer de processo de conhecimento ou de execução, assim como de procedimento comum ou especial. Pode ser suscitado, enfim, em qualquer demanda ou mesmo recurso[183].

Se já encerrado o julgamento, será inviável a admissão do IRDR[184]. Por isso, os embargos de declaração não são tomados como "causa-piloto", sob pena de fazer com que um órgão colegiado torne-se revisor da decisão proferida por outro, assim como pela possibilidade de subverter a natureza dos aclaratórios, cuja fundamentação é vinculada à existência de erro material, obscuridade, contradição ou omissão da decisão[185].

De igual modo, resta inviabilizada a instauração do incidente quando já houver a interposição de recurso especial e extraordinário[186] por haver sido esgotada a jurisdição do tribunal.

A previsão contida na lei, ao autorizar que o IRDR seja suscitado em qualquer processo ou recurso, traz regramento importante na medida em que provoca uma alteração na competência, pois quem decidirá o caso paradigma não

183. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634. O autor, no entanto, observa que: "Na opinião de Marcos de Araújo Cavalcanti, é possível a instauração de IRDR na pendência de agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória, não sendo, porém, possível ao tribunal no IRDR decidir a respeito de questões de mérito envolvidas nas demandas repetitivas, ficando o conhecimento do tribunal restrito ao efeito devolutivo do agravo de instrumento. Não é possível estabelecer, a princípio, o que pode ou não ser objeto de IRDR em agravo de instrumento. Nem sempre o mérito do recurso coincide com o mérito da ação. É possível a instauração do IRDR em agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória para tratar, por exemplo, de uma questão processual, de uma vedação à concessão da medida ou, até mesmo, de uma questão de mérito que repercuta no deferimento ou no indeferimento da tutela provisória".

184. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial – Público, IRDR nº 2105727-55.2016.8.26.0000, Rel. Des. Moreira de Carvalho, j. em 26/08/2016, DJ 31/08/2016.

185. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial - Privado 2, IRDR nº 2084920-14.2016.8.26.0. Rel. Des. Coutinho de Arruda, j. em 09/08/2016. DJ 16/08/2016. Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal destacou: "há que se ter a 'pendência de análise da questão jurídica', isto é, o mérito do recurso não pode ter sido ainda apreciado, sob pena da subversão da própria sistemática processual, no sentido de que se viabilizaria, pelo IRDR, nova espécie recursal a possibilitar a reversão da decisão de mérito previamente proferida pelo órgão julgador, o que não está previsto na novel legislação" (RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Primeira Turma Cível, IRDR nº 70070178678, voto do Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, j. em 05/08/2016. DJ 17/08/2016). No entanto, Fredie Didier Jr. discorda, defendendo que "como já se viu, o IRDR é um incidente. Logo, julgada a causa, não cabe mais o IRDR. É possível, entretanto, que o tribunal tenha sido omisso no exame de uma questão de direito, que seja exatamente a que deve ser examinada em IRDR, pois discutida em vários processos. Nessa hipótese, ainda pendente de exame a questão poderá ser suscitado, em embargos de declaração, o IRDR". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634,

186. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial – Público, IRDR nº 2138039-84.2016.8.26.0000. Rel. Des. Leonel Costa, j. em 26/08/2016, DJ 29/08/2016.

será aquele inicialmente previsto na lei ou no regimento interno do tribunal, mas outro órgão que o integre[187]. Tal hipótese não ofende o princípio do "juiz natural", por inexistir escolha feita com base em critérios aleatórios, mas adota um critério objetivo, qual seja, a uniformização de certa questão de direito. No caso, um órgão expressa a posição do tribunal, sendo esta adotada por todos os órgãos fracionários que o integrem. O regramento antecede o julgamento de um caso concreto, de modo que a norma não se dirige a certo processo previamente identificado e delimitado, mas a todos os casos que como aquele exijam uma posição uniforme. A ideia de juiz natural não fica presa à pessoa do magistrado, sendo compreendida sob o prisma do órgão julgador. Portanto, determinada questão jurídica é resolvida sob uma perspectiva objetiva e não subjetiva, fazendo-o em favor dos jurisdicionados como um todo e, por consequência, do caso paradigma.

O "caso paradigma" é decidido no mesmo instante em que a tese dele surgida for deliberada, o que otimiza a prestação jurisdicional. No entanto, somente é possível priorizar a solução uniforme se o "caso-piloto" tem viabilidade de admissão. Em não cumprindo os requisitos para possibilitar o exame do IRDR, o caso concreto é julgado sem a instauração do incidente, em obediência ao princípio da razoável duração processo.

O órgão julgador competente não está limitado à análise das teses jurídicas que serviram de amparo para a admissão do IRDR. Conforme considerou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,[188]

> A indicação das teses jurídicas controversas, a cargo do órgão judicial suscitante ou da parte arguente, tem a finalidade exclusiva de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a deflagração do incidente. Não se trata, à evidência, de teses veiculadas em forma de quesitação, de modo a vincular o órgão judicial *ad quem* no julgamento da causa primitiva e na aferição das premissas jurídicas adequadas.

A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal (Enunciado nº 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis),[189] sob pena de promover inadequada e ilegítima supressão de

187. Fredie Didier Jr. observa que "esta transferência não ocorrerá quando o órgão colegiado do tribunal, competente para o julgamento do IRDR, também tiver competência para o julgamento da causa de competência originária ou do recurso. Em tribunais menores, isso será mais frequente". DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 625.

188. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Seção Cível Comum, IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000, voto do Des. Rel. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, j. em 23/06/2016, DJ 24/06/2016.

189. Neste sentido: DISTRITO FEDERAL. TJDFT, Câmara de Uniformização, IRDR nº 0019724-62.2016.8.07.0000. Rel. Des. Jair Soares, j. em 25/07/2016, DJ 29/07/2016; ACRE. TJAC. Tribunal Pleno, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 1000892-29.2016.8.01.0000, Rel. Des. Laudivon Nogueira, j. em 28/09/2016. DJ 101/10/2016; TJRS, Primeira Turma Cível, IRDR nº 70072571391, Rel. Des. Francisco José Moesch, j. em 13/03/2017. De igual modo é a posição da doutrina: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência

instância.[190] Tanto assim que o incidente de resolução de demandas repetitivas aplica-se a recurso, a remessa necessária ou a qualquer causa de competência originária (Enunciado nº 342 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). No regimento interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios há previsão expressa neste sentido[191].

Todavia, há quem defenda não ser necessário haver causa pendente de julgamento no tribunal (Enunciado nº 22 do ENFAM). Neste caso, a ação em curso no primeiro grau de jurisdição poderia viabilizar o IRDR. Justifica-se tal posição ante a expressa previsão legal e por ser importante elemento para dar efetividade ao incidente[192]. Marcos de Araújo Cavalcanti[193] traz importantes considerações sobre a primeira das posições apresentadas:

> A exigência de causa pendente no tribunal decorre da própria Constituição da República. Imaginar a instauração do IRDR sem a pendência de qualquer causa seria o mesmo que atribuir competência originária ao tribunal. Acontece que a fixação de competência originária de tribunal para processamento e julgamento de qualquer ação, recurso ou incidente processual não pode ser estabelecida exclusivamente por lei ordinária. Logo, mesmo que não houvesse no texto do NCPC a redação do parágrafo único do art. 978, a pendência de causa no tribunal continuaria a ser necessária para viabilizar a instauração do incidente. Do contrário, o IRDR seria inconstitucional por ausência de previsão constitucional para sua instauração independente e originária

originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 628; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.595.

190. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – DISCUSSÃO ACERCA DE TESE DE LEGITIMIDADE DE LANÇAMENTO, PELO FISCO PAULISTA, DE IPVA INCIDENTE SOBRE VEÍCULO REGISTRADO EM OUTRA UNIDADE FEDERATIVA NA HIPÓTESE EM QUE O CONTRIBUINTE PESSOA-FÍSICA POSSUA MÚLTIPLAS RESIDÊNCIAS - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – Imprescindibilidade do esgotamento da primeira instância e a pendência de recurso para adequada aplicação das regras pertinentes ao IRDR, sob o risco de supressão do Juízo 'a quo', consoante inteligência do art. 978, parágrafo único, do CPC 2015 - Não preenchimento, na hipótese, de todos os requisitos de admissibilidade imprescindíveis ao regular processamento do incidente, notadamente porque este foi suscitado no momento em que o processo de origem se encontrava em fase instrutória em primeiro grau -, de modo que lhe carece o interesse de agir (adequação) necessário ao regular exercício do direito de ação. – Incidente não admitido". SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. Turma Especial – Público, IRDR nº 2065868-32.2016.8.26.0000. Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 26/08/2016. DJ 30/08/2016.

191. "Art. 302. O pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, restrito aos processos de competência do tribunal, será dirigido ao presidente do tribunal".

192. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 103-107; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v.II, p. 580-581.

193. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)* - livro eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Liebman).

no tribunal. Não se pode esquecer, os incidentes processuais têm as características da acessoriedade, dependendo da existência de outro processo, e da incidentalidade, sendo um procedimento específico que recai sobre um processo preexistente.

E continua o autor:

> Estando em tramitação na primeira instância várias demandas repetitivas sobre uma mesma questão de direito, enquanto não julgadas e não interposto o recurso (ou não sendo o caso de remessa necessária) em pelo menos uma delas, o IRDR não pode sequer ser suscitado, uma vez que não existe pendência de causa repetitiva perante o tribunal. Por outro lado, se qualquer das demandas já tiver sido julgada e estiver submetida, em sede de recurso ou remessa necessária, perante o Tribunal de Justiça ou o TRF, é possível suscitar a instauração do IRDR.

Sem a causa pendente no tribunal inexistirá interesse processual para a instauração do incidente por carecer de utilidade o provimento jurisdicional, na medida em que não há como reformar ou confirmar a decisão objeto do confronto.[194] A respeito da questão, a Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, do Tribunal de Justiça de São Paulo,[195] pontuou:

> Tal modelo é semelhante ao presente nos arts. 543-B e 543-C do CPC/73 e arts. 1036 e segs. do atual estatuto processual, os quais tratam dos Recursos Extraordinários e Recursos Especiais, repetitivos do STF e STJ, no qual um ou mais recursos representativos são selecionados para serem encaminhados ao tribunal respectivo enquanto os demais permanecem aguardando este julgamento, ou seja, pressupõe a pendência de julgamento de recurso que verse sobre a mesma questão de direito.

Em contraposição, o Desembargador Nildson Araújo da Cruz, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,[196] defende que:

> É que uma leitura apressada do parágrafo único do art. 978, do Código de Processo Civil, poderia levar à conclusão, a meu ver, equivocada, de que o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal. Ocorre que, segundo penso, não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia.

194. Adotam esta posição DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil.* 13. ed. Salvador: Podivm, 2016. v.3, p. 634.

195. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial – Direito Privado 2, IRDR nº 2087625-82.2016.8.26.0000, voto Des. Rel. Lígia Araújo Bisogni, j. em 08/06/2016. DJ 22/07/2016.

196. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Órgão Especial, IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000, voto do Rel. Des. Nildson Araújo da Cruz, j. em 16/05/2016. DJ 20/05/2016.

> No entanto, a meu pensar, naquele parágrafo único estão expressos os casos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este.
>
> Aliás, o art. 977, I, prevê expressamente a legitimidade do juiz para provocar instauração do incidente ao Presidente do Tribunal e, neste caso, a todas as luzes, feito o pedido por Juíza de Direito em ação de obrigação de fazer em fase de citação, sem que tenha sido nela interposto qualquer recurso, é de se afirmar, desde já, que não poderá ocorrer a avocação) do parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil, porque o incidente se originou de processo que tramita em primeira instância, a qual não pode ser suprimida e, por isso, excluída fica a competência para julgar o feito originário.
>
> Então, segundo penso, já que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de juiz pedir a instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, neste caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente e ao primeiro grau julgar a causa contida no feito originário.

Com a devida vênia desta última posição, deve-se considerar que o IRDR não pode ele ser utilizado como sucedâneo recursal, assim como o órgão competente para o seu julgamento não exerce o papel de revisor do julgamento antes proferido no tribunal[197].

Caso a parte proceda de modo temerário ou provoque incidente manifestamente infundado, poderá ser enquadrado como litigante de má-fé (art. 80, V e VI). A provocação do tribunal - na hipótese em que lá inexista processo em curso em que se discute a questão de direito objeto do incidente -, será passível de condenação ao pagamento de multa, indenização e honorários advocatícios (art. 81).

197. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Seção Cível do Consumidor, IRDR nº 0025701-02.2016.8.19.0000. Rel. Des. Leila Maria Rodrigues Pinto de Carvalho e Albuquerque, j. em 14/07/2016, DJ 18/07/2016. Este é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. Não se concebe a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando já não se faz possível dele extrair proveito útil ao processo principal, estando esgotada a jurisdição neste grau recursal. O proveito que poderá advir para outras demandas semelhantes ou idênticas não justifica a instauração do incidente que, por sua natureza, é sempre dependente do processo principal para ser instaurado. O incidente de resolução de demandas repetitivas não se traduz em instrumento de insurgência da parte contra as decisões judiciais proferidas em detrimento do seu interesse, não se podendo dele servir como sucedâneo recursal. INCIDENTE NÃO ADMITIDO. UNÂNIME". RIO GRANDE DO SUL. TJRS, Primeira Turma Cível, IRDR nº 70069766251, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. em 05/08/2016, DJ 17/08/2016.

Descabe a instauração do incidente para alcançar causas já finalizadas no âmbito do tribunal[198] por representar afronta ao princípio da segurança jurídica e da coisa julgada. Este é o entendimento dos tribunais superiores ao rejeitarem a propositura de ação rescisória contra sentença cujo entendimento, após sua prolação, veio a ser alterado por um tribunal[199]. O IRDR tem a finalidade de orientar os magistrados que compõem o tribunal quanto à interpretação aplicável nas ações ainda em trâmite. Logo, não é cabível para as ações já julgadas[200].

3.9. A Divulgação e a Publicidade

A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979).

Admitido o IRDR, o IAC e o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, o relator oficia a presidência para que adote providências no sentido de o tribunal dar ampla divulgação do acórdão que o recebeu. Tal providência se dá por meio da publicação em seção específica no órgão oficial e da clara indicação de tal informação na página do tribunal existente na rede mundial de computadores. Além de tais providências, deve adotar outras que se façam necessárias no sentido de disseminar a admissão do incidente (Enunciado nº 591 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A publicidade do incidente legitima a decisão que nele for proferida, possibilitando a contribuição das partes, do Ministério Público, das instituições públicas e/ou privadas, assim como dos órgãos, entidades e cidadãos. Com isso, a tese, que se pretende editar, é mais bem construída, evitando a instauração de novos incidentes com o mesmo objeto.

A divulgação dá-se por meio da confecção de um resumo, que abranja tanto a questão jurídica debatida quanto os dispositivos normativos analisados[201]. Com isso, propicia-se a publicidade que os órgãos do Poder Judiciário devem dar aos seus julgamentos (art. 93, IX, CF/1988).

198. Esta é a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo: "[...] Suscitação do IRDR para unificação de entendimento quanto à interpretação da norma. Notícia do juízo no sentido de que o recurso que deu ensejo à suscitação do IRDR foi julgado, certificado o trânsito em julgado anteriormente à interposição. Ausência de um dos requisitos para a admissibilidade do IRDR, qual seja, a pendência de julgamento de recurso ou ação originária, consoante art. 978, parágrafo único do Novo Código de Processo Civil. IRDR Inadmitido". SÃO PAULO. TJSP. Órgão Especial, IRDR nº 2120349-42.2016.8.2. Rel. Des. Xavier de Aquino, j. em 17/08/2016. DJ 22/08/2016.

199. PARANÁ. TJPR. Seção Cível, IRDR nº 1546333-1, Rel. Des. Carlos Eduardo Andersen Espínola, j. em 15/07/2016, DJ 27/07/2016.

200. RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Sexto Grupo de Câmaras Cíveis, IRDR nº 0202532-94.2016.8.21.7000. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, j. em 19/08/2016.

201. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 126-127.

O tribunal, no qual tramita o IRDR, deve manter banco eletrônico de dados atualizados, nele constando informações específicas sobre as questões de direito submetidas ao incidente, com a comunicação imediata do seu processamento ao Conselho Nacional de Justiça, possibilitando a inclusão do incidente no cadastro nacional (art. 979, § 1º).

O CNJ, objetivando integrar a atuação jurisdicional, criou banco nacional de dados. Neste constam informações sobre repercussão geral, casos repetitivos e incidentes os quais sejam de competência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 5º, da Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/16).

O Conselho Nacional de Justiça disponibilizará a toda a comunidade jurídica as informações coletadas quanto a cada um dos referidos instrumentos processuais que forem admitidos e julgados pelos tribunais (art. 5º, da Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/16). Esta atuação decorre da necessidade de os tribunais darem publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e fazendo sua divulgação, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 927, § 5º).

Os tribunais deverão organizar, como unidade permanente, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - NUGEP (art. 6º, da Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/16). Deverão ainda manter, na sua página na *internet*, banco de dados pesquisável com os registros eletrônicos dos temas para consulta pública com informações padronizadas de todas as fases percorridas nos casos repetitivos e nos Incidentes de Assunção de Competência. Também lhes cabe permitir consulta das peças eletrônicas dos processos paradigmas essenciais à compreensão da questão discutida e da tese firmada nos casos repetitivos (arts. 8º e 11, da Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/16).

Deverão ser criados grupos representativos – GR nos tribunais para possibilitar a padronização, organização e controle dos recursos representativos da controvérsia que tenham sido encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e dos que permanecerem sobrestados no estado ou na região, conforme o caso, bem como nas turmas e colégios recursais e nos juízos de execução fiscal (art. 9º, da Resolução nº 235/CNJ, de 13/07/16).

Vê-se, assim, que o trâmite processual do IRDR poderá ser acompanhado pelo sítio eletrônico do tribunal onde ele estiver em curso e no do CNJ. A publicidade dos atos processuais é facilitada, possibilitando o amplo conhecimento de todos quanto às questões que se pretende uniformizar. Tais medidas buscam, antes de tudo, revelar que o Judiciário não é formado de órgãos jurisdicionais estanques, em que cada um atua de modo isolado. Ao contrário, desenvolve um trabalho em conjunto, visando prestar um serviço adequado à sociedade.

No intuito de possibilitar a identificação dos processos que estão abrangidos pela decisão prolatada no incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas

constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979, § 2°).

A publicização da instauração do IRDR possibilita que se identifiquem os processos em trâmite no tribunal a serem suspensos. Delimita-se o âmbito de aplicação do precedente, pela adoção de critérios objetivos, de forma que se faça a devida distinção dos casos que, mesmo similares, não são atingidos pela admissão do incidente.

O CPC/2015 não trouxe um rol exaustivo de informações que devem constar na identificação do precedente firmado em IRDR, indicando apenas elementos mínimos. Nada impede que o Conselho Nacional de Justiça, por resolução, fixe outros parâmetros a serem observados, ampliando o rol para além dos que estão previstos em lei (art. 103-B, § 4°). A expansão dos critérios deve pretender a melhor identificação dos processos que são abrangidos pela decisão emanada do IRDR, proporcionando a divulgação das teses já firmadas, assim como revelar o teor e a extensão dos incidentes decididos.

O Conselho Nacional de Justiça ocupa a condição de órgão centralizador das informações referentes aos IRDRs no território nacional, unificando o sistema de informações sobre os processos em curso no Judiciário. Tal condição reforça seu caráter nacional no controle da atuação administrativa do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4°, CF/1988).

Outorga-se, assim, ao CNJ atribuição da maior importância, a qual já vinha sendo exercida noutra perspectiva, quando lhe coube a reunião dos dados estatísticos do Poder Judiciário, o estabelecimento de metas e a edição de resoluções disciplinadoras da atuação dos membros do Poder Judiciário (art. 103-B, § 4°, VI e VII, CF/1988).

3.10. A Fixação de Prazo para o Julgamento

No intuito de demonstrar a necessidade de julgamento em tempo razoável, foi estabelecido o prazo de 1 (um) ano para o IRDR ser decidido. O início se dá com a publicação do despacho do relator que declara a suspensão[202] e finaliza com a prolação da decisão que resolve o incidente.[203]

O CPC/2015 estabelece que incidente terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* (art. 980), na hipótese de o órgão colegiado ser competente para conhecer do IRDR e também as demais causas[204]. Esta ordem preferencial demonstra a necessidade de dar solução mais urgente às questões massificadas, cujo resultado terá maior impacto no âmbito social.

202. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 639.

203. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195.

204. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 483.

No entanto, é preciso considerar que as ações constitucionais de *habeas corpus* (art. 19, *caput*, da Lei n° 9.507/97; arts. 177, II, e 180, RISTJ), *habeas data* (art. 19, *caput*, da Lei n° 9.507/97; arts. 173, II e 177, III, do RISTJ), mandado de segurança (art. 20, *caput*, da Lei n° 12.016/09; art. 215, RISTJ) e mandado de injunção (art. 173, do RISTJ), por expressa previsão legal e/ou regimental (Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça – RISTJ), têm prioridade de julgamento sobre as demais ações e recursos em trâmite no Poder Judiciário.

Outras leis especiais fixam o rito prioritário para certas causas ou temáticas. Veja-se, exemplificativamente:

A) Estatuto do Idoso (Lei n° 10.741/2003): assegura prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância (art. 71). Dentre os idosos é assegurada prioridade especial aos maiores de 80 (oitenta) anos (art. 3°, § 2° c/c art. 71, § 5°);

B) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990): dispõe que terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica (art. 47, § 9°), os registros e certidões necessários à regularização do registro civil e inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento (art. 102, §§ 2° e 5°) e os recursos nos procedimentos de adoção e de destituição de poder familiar, devendo estes últimos serem imediatamente distribuídos. Neste caso, é vedado que aguardem, em qualquer situação, oportuna distribuição, pelo que são colocados em mesa para julgamento sem revisão e com parecer urgente do Ministério Público (art. 199-C). Por fim, prevê que, sob pena de responsabilidade, a tramitação dos processos e procedimentos nela estabelecidos, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes terão prioridade absoluta (art. 152, parágrafo único);

C) Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n° 13.146/2015): confere à pessoa com deficiência o direito a receber atendimento prioritário, sobretudo com a finalidade de tramitação processual e procedimentos judiciais e administrativos em que for parte ou interessada, em todos os atos e diligências (art. 9°, VII).

A Lei Processual Civil de 2015, ao ampliar em boa medida tais previsões, conferiu, ainda, prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, aos procedimentos judiciais: *i*) em que figure com parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave dentre as enumeradas no art. 6°, XIV, da Lei n° 7.713/1988; *ii*) regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069/1990) (art. 1.048).

Portanto, em certas hipóteses, o IRDR terá prioridade por conta da especial proteção que lhe foi conferida e pela temática que, por meio dele, se pretende decidir, sendo esta de direito material e/ou processual.

No entanto, caso esteja pendente de julgamento, em dado órgão colegiado de tribunal, um IRDR, cujo objeto não tenha prioridade processual, e uma ação regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) ou pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), por exemplo, estas últimas terão preferência sobre o incidente.

O ECA regulamenta as ações em prol da proteção da criança, do adolescente e do jovem, as quais, por expressa previsão constitucional, têm prioridade absoluta (art. 227, da CF/88). O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, concretiza a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009) -, cuja aprovação deu-se segundo o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, o que lhe confere *status* equivalente ao de emenda constitucional -, reforçando o compromisso internacional do Brasil com a defesa dos direitos humanos.

Decorrido o prazo de 1 (um) ano, cessa automaticamente a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem perante o tribunal, exceto se o relator, antes do término do prazo[205], por meio de decisão fundamentada (art. 93, IX, CF/1988), dispuser em sentido contrário (art. 980, parágrafo único).

Tal previsão deve ser considerada no sentido de que a atribuição, para determinar que permaneçam suspensos os processos, é do relator do IRDR e não do órgão colegiado que ele compõe[206]. A regra é que retorne o trâmite dos processos suspensos. A exceção é que permaneça paralisado, hipótese em que deve haver fundadas razões devidamente justificadas.

Com tal regramento, conferiu-se ao relator um lapso de tempo razoável para coletar elementos de prova, submetendo a questão ao órgão colegiado por ele composto para lá ser decidida a controvérsia.

Em certas hipóteses, ocorrerá o retardamento na solução da questão de direito posta em debate, de modo que será possível prolongar-se a suspensão dos processos até então paralisados por conta do IRDR. A título de exemplo, veja-se: a) a habilitação de vários "amigos da corte" ou a designação de audiência pública prévia no incidente, trazendo elementos que exigem um maior exame da questão; b) quando o incidente estiver sendo julgado pelo órgão colegiado

205. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil:* o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 639.

206. Fredie Didier Jr. adota posição diversa pois considera que "o texto do dispositivo pode induzir à conclusão de que a suspensão dos processos depende de decisão do relator. O que cabe ao relator é comunicar aos juízos onde tramitam os processos que estão todos suspensos. Admitido o IRDR, suspendem-se os processos. Cabe ao relator do IRDR declarar a suspensão de comunicá-la, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária" Ibid., 2016, p. 636.

e um dos seus membros pedir vista dos autos para uma análise mais aprofundada da matéria.

No caso de vista dos autos, a retomada do julgamento, após a devolução do pedido, depende de inclusão em nova pauta, a ser publicada com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, exceto na hipótese de o magistrado que requereu vista declarar que levará o processo na sessão subsequente (Enunciado nº 649 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O CPC/2015 não estabelece por quanto tempo esse prolongamento pode ser determinado, nem se é cabível mais de uma suspensão. A solução da questão é extraída a partir da interpretação teleológica do dispositivo, no sentido de que a prorrogação deva dar-se pelo tempo que se fizer indispensável à resolução do IRDR, desde que o tribunal adote as providências necessárias no sentido de dar prioridade processual a sua conclusão.

3.11. O Órgão Competente para o Juízo de Admissibilidade

No curso do processo legislativo do Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, o Deputado Paulo Teixeira - relator-geral da Comissão Especial instalada pela Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer -, ao examinar a quem competiria o exercício do juízo de admissibilidade do IRDR, propôs que este fosse atribuído ao relator e não ao órgão colegiado. Justificou sua proposição na necessidade de evitar a demora no exame do incidente e para preservar a tradição que se adota nos recursos, incidentes e processos originários.[207]

No entanto, a previsão contida no CPC/2015 foi no sentido de que a competência para o exame da admissibilidade do IRDR é do órgão colegiado que julgará o seu mérito, o que ocorre após a distribuição do incidente. Portanto, não cabe ao relator fazê-lo monocraticamente (Enunciado nº 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Em vista disso, após a distribuição do IRDR, é designada uma primeira sessão de julgamento, cuja única finalidade é deliberar sobre sua admissibilidade (art. 981). A admissão pode dar-se por votação majoritária ou unânime.[208]

Tal órgão julgador fica vinculado ao exame dos pressupostos legais (art. 976), tais como a multiplicidade de processos - que tomem por base idêntica questão unicamente de direito -, e que ocorra, ou possa vir a acontecer, insegurança jurídica e ofensa à isonomia por conta de decisões conflitantes (art. 981).[209] Além disso, o incidente deve comportar o juízo de admissibilidade.

207. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

208. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481.

209. DISTRITO FEDERAL. TJDFT. IDR nº 20160020123157. Câmara de Uniformização. Rel. Teófilo Caetano, j. em 06/06/2016. DJE 14/07/2016, p. 260/261.

Isso importa dizer que, somente após ser acartado o seu processamento, haverá a suspensão dos processos que estejam em curso no âmbito da competência daquele tribunal.

Tal previsão pode resultar em severos inconvenientes, na medida em que a deliberação do colegiado fica dependente da inclusão do IRDR na pauta de julgamento, atribuição esta conferida ao presidente do órgão julgador.

Por outro lado, deve-se também aguardar que sejam colhidos todos os votos dos integrantes do colegiado que participarem da sessão de julgamento. No entanto, a formação do convencimento dos seus membros pode exigir uma maior maturação quanto ao exame da causa, hipótese em que será possível pedir-se vista dos autos para um exame mais detido da questão.

Desse modo, indo na contramão do que tem sido adotado nos tribunais - que é atribuir-se ao relator o exame da admissibilidade e condução do processo, para, após, vir a submetê-lo ao colegiado -, no IRDR o exame da questão fica condicionado, desde o seu início, ao crivo dos membros de um órgão plural, que poderá, inclusive, ser integrado por um número significativo de julgadores. Desta maneira, quanto a este, será necessário verificar o quórum de instalação e de julgamento, para então colher-se os votos dos que estão presentes, e, após, dar-se ciência quanto a sua admissibilidade, caso esta venha a ocorrer.

A decisão, que examinando a admissibilidade do incidente, rejeitar sua instauração, é irrecorrível, exceto quanto ao cabimento dos embargos de declaração (Enunciado nº 556 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por se tratar de decisão colegiada, será inviável a interposição de agravo interno (art. 1.021).

Ao fazer o juízo de admissibilidade, o tribunal fixa provisoriamente o objeto que se pretende enfrentar quando da fixação da tese. Ele toma como referência o ofício ou a petição que requer sua instauração. Neste deve constar a questão jurídica, os argumentos ou teses divergentes, que até aquele momento existam, e os dispositivos que se relacionam à controvérsia. A admissão do IRDR possibilita que todos tomem ciência quanto à questão jurídica que se está a examinar.[210]

A delimitação precisa da extensão da controvérsia ocorrerá a partir da colheita das informações prestadas pelos sujeitos, que intervirem no incidente, e das posições contrapostas firmadas nos julgamentos anteriores. A partir da compreensão por inteiro da questão jurídica, é possível mensurar se o objeto do IRDR será restringido ou ampliado.

210. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 120-121.

3.12. Os Poderes do Relator do IRDR Admitido

O procedimento do IRDR dá-se em três fases distintas.[211] Na primeira delas, ocorre o juízo de admissibilidade do incidente, momento em que se analisam se estão ou não presentes os requisitos legais (art. 976). Na segunda, assegura o contraditório entre as partes, o Ministério Público e as instituições públicas e/ou privadas que possam contribuir para o julgamento do mérito.[212] Na última etapa, acontece o julgamento do incidente.

A decisão de admissão do IRDR contém a delimitação provisória do seu objeto. O órgão colegiado analisa a questão, tomando conhecimento da controvérsia por meio do exame mais aprofundado dos argumentos. Estes são trazidos na petição ou ofício que fez instaurar o incidente e nos documentos que o acompanham. Após, o incidente é tornado público com a divulgação nos sites do Conselho Nacional de Justiça e do tribunal em que tramita.

Cabe ao tribunal definir a melhor forma para a confecção da tese jurídica. Em seguida, comunicado aos juízos inferiores quanto à suspensão dos processos. Aos juízos de primeiro grau, compete intimar as partes, das demandas que estejam em trâmite na sua jurisdição, sobre a instauração do incidente. Com isso, espera-se que estes sujeitos, os órgãos, as entidades e os cidadãos em geral venham participar do IRDR, por meio da sua manifestação.[213]

Após a etapa inicial de preparação, o órgão julgador pode receber mais subsídios, cabendo-lhe, então, fazer um exame apurado das informações que lhe foram prestadas, momento em que, de modo definitivo, identificará, com precisão, a questão controvertida a ser submetida a julgamento (art. 1.037, I).

É possível ampliar ou restringir o objeto do incidente desde que haja relação de congruência entre a afetação e a decisão de mérito. À vista disso, respeita-se o contraditório ao possibilitar aos sujeitos, a partir da afetação, a formulação de suas manifestações. Se a decisão extrapola os contornos antes fixados, seus efeitos são meramente persuasivos, não possuindo caráter obrigatório, mas de mera opinião[214].

O relator do IRDR é o responsável pelo processamento do incidente até que ele esteja apto para ser julgado pelo órgão colegiado. Portanto, a coleta de prova compete somente a ele.

211. Sofia Temer diz haverem três fases principais: a) a instauração e admissão; b) a afetação e instrução; e c) o julgamento. Ibid., 2016, p. 101.

212. Para formação do precedente, os argumentos devem ter sido submetidos ao contraditório (Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), posto que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício" (art. 10, CPC/2015).

213. Ibid., 2016, p. 128.

214. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 128-130.

No curso do processo legislativo do PL nº 8.046/2010, atribuía-se ao presidente do tribunal a prerrogativa de suspender os processos pendentes. Tal previsão foi alterada para que esta atribuição caiba ao relator do IRDR.

Caso determine a paralisação, o relator oficia a Presidência do Tribunal para que esta adote providências no sentido de comunicar aos órgãos jurisdicionais competentes para o julgamento da matéria, fazendo com que tenham ciência da decisão proferida (art. 982, § 1º)[215]. A suspensão é pelo período de 1 (um) ano, abrangendo os processos individuais e coletivos pendentes de julgamento, e que estejam em trâmite no âmbito de jurisdição do tribunal (art. 313, IV).

Após a admissão do incidente pelo órgão colegiado, cabe ao relator por despacho, ainda, determinar que:

a) oficie à Presidência do Tribunal para adotar providências no sentido de dar ampla divulgação e publicidade quanto ao início do processamento do IRDR, com a inclusão em banco de dados eletrônico próprio e a transmissão da informação ao Conselho Nacional de Justiça para que divulgue e inclua no respectivo cadastro eletrônico (art. 979);

b) oficie à Presidência do Tribunal para diligenciar no sentido de comunicar eletronicamente os juízos vinculados ao tribunal, dando-lhes ciência quanto à suspensão, caso esta tenha sido deferida (art. 982, § 1º);

c) em havendo a ampla divulgação sobre a admissão do incidente, abra prazo de 15 (quinze) dias para as partes e os eventuais interessados (pessoas, órgão ou entidade especializada), querendo, possam se manifestar e requeiram o que entender de direito (art. 983);

d) caso considere necessário, oficie os juízos, onde tramitem processos sobre a questão objeto do incidente, para prestarem informações no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982, II);

e) caso o IRDR tenha por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunique o órgão, o ente ou à agência reguladora, que seja competente para fiscalizar a aplicação – no caso dos entes sujeitos a regulação -, assim como para tomar conhecimento do incidente e, caso entenda necessário, apresente manifestação, prestando eventuais informações que subsidiem o julgamento (art. 985, § 2º);

215. No V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ocorrido em Vitória nos dias 01/05/2015 à 03/05/2015, foi editado o Enunciado nº 470 com o seguinte teor: "Aplica-se no âmbito dos juizados especiais a suspensão prevista no art. 982, I". No entanto, durante o VIII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que aconteceu em Florianópolis nos dias 24/03/2017 à 26/03/2017, este enunciado veio a ser cancelado.

f) ultrapassado o prazo da manifestação das partes e dos possíveis interessados, intime o Ministério Público para emitir parecer, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 982, III), oportunidade em que atuará como fiscal da ordem jurídica, exceto se tiver sido o autor do requerimento de instauração do incidente (art. 976, § 2º).

3.12.1. *A suspensão dos processos pendentes*

Caso seja admitido o incidente[216], o relator, por meio de decisão fundamentada[217,218], autorizará ou não a suspensão dos processos, sejam eles individuais e/ou coletivos, cujo trâmite dê-se no Estado (caso a instauração ocorra perante um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Eleitoral) ou região (na hipótese de ser admitido junto a um Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional do Trabalho), conforme o caso.

Admitido o IRDR, também ficam suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente, cujo trâmite se dê perante os juizados especiais no mesmo Estado ou região (Enunciado nº 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), desde que o faça por meio de decisão fundamentada (art. 93, IX, CF/1988).

Caso algum processo não seja paralisado, qualquer das partes, ou um interessado, poderá requerer ao juiz a suspensão do processo até que o IRDR seja julgado e se defina a tese jurídica.[219]

216. Na hipótese do IRDR não ser admitido, inexistirá motivo para a suspensão dos processos que discutem a matéria controvertida. Neste sentido: RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Terceira Câmara Cível, Apelação Cível nº 70072191554, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. em 16/12/2016.

217. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 636.

218. A necessidade de fundamentação das decisões judiciais é exigência constitucional (art. 93, IX, CF/1988). O juízo de admissibilidade do IRDR, certamente, já contém elementos a justificar a suspensão dos processos pendentes. A opção legal não parece ser a melhor. Deveria ter sido conferido ao órgão, que faz a admissão do incidente, a atribuição de paralisar os processos pendentes. No entanto, não há esta previsão legal. Optou o legislador em dar ao relator a atribuição privativa para exercer o juízo de suspensão das demais causas cujo objeto seja o mesmo daquele que se está a debater no incidente.

219. Ibid., 2016, p. 634. O autor, no entanto, observa que: "Na opinião de Marcos de Araújo Cavalcanti, é possível a instauração de IRDR na pendência de agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória, não sendo, porém, possível ao tribunal no IRDR decidir a respeito de questões de mérito envolvidas nas demandas repetitivas, ficando o conhecimento do tribunal restrito ao efeito devolutivo do agravo de instrumento. Não é possível estabelecer, a princípio, o que pode ou não ser objeto de IRDR em agravo de instrumento. Nem sempre o mérito do recurso coincide com o mérito da ação. É possível a instauração do IRDR em agravo de instrumento contra decisão que verse sobre tutela provisória para tratar, por exemplo, de uma questão processual, de uma vedação à concessão da medida ou, até mesmo, de uma questão de mérito que repercuta no deferimento ou no indeferimento da tutela provisória".

Se houver a cumulação de pedidos simples, poderá ocorrer a suspensão apenas parcial do processo, prosseguindo quanto ao pleito que não for abrangido pelo objeto do incidente (Enunciado nº 205 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). De igual modo ocorre quanto à suspensão parcial que atinge certos atos processuais isolados, mesmo que possuam alguma relação com o pedido cuja questão comum seja o objeto da tese a ser firmada[220].

No mais das vezes, não se recomenda a prática de atos processuais probatórios quando o processo estiver suspenso por poderem ser tidos como inúteis. Entretanto, quando se pretender demonstrar a distinção entre o caso específico e o IRDR ou IAC, poderá surgir a necessidade de produção de provas (Enunciado nº 364 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[221]. O mesmo ocorre quanto aos atos urgentes e imprescindíveis que evitem o perecimento do direito ou da prova (art. 982, § 2º).

As partes, independentemente de sua vontade, submetem-se aos efeitos da decisão de suspenção dos processos em curso. Compete ao magistrado, que oficiar na causa cuja suspensão se determina, intimá-las sobre o deferimento de medida no IRDR (art. 1.037, § 8º), possibilitando a ciência quanto à paralisação e facultando-lhes a participação no incidente, oportunidade em que contribuem para o seu julgamento, e, caso sejam distintos, demonstram a diferença entre a "causa-piloto" e o processo sobrestado[222].

Se não é reconhecida a distinção entre o processo paradigma e o que veio a ser indevidamente suspenso, cabe agravo de instrumento da decisão proferida por um juiz de 1º grau ou agravo interno se é relator do tribunal (art. 1.037, § 13) (Enunciado nº 481 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[223].

Quanto aos novos processos que forem propostos, estes, igualmente, serão suspensos por decisão do tribunal (art. 313, IV). O relator pode, quando entenda necessário, avocar o processo que originou o incidente para ser julgado pelo mesmo órgão em que tramita o IRDR.

A suspensão é de âmbito nacional, caso a decisão decorra do Superior Tribunal de Justiça, por meio do recurso especial repetitivo, ou do Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário repetitivo (art. 982, § 3º). De igual modo, pode ser requerida a suspensão dos processos trabalhistas no Tribunal Superior do Trabalho onde tramitam recursos de revista repetitivos (art. 896-C, § 3º, CLT). Todavia, a paralisação dos processos cessa após o julgamento do incidente se não é interposto qualquer dos referidos recursos de natureza extraordinária (art. 982, § 5º) ou após o tribunal superior julgar o recurso que tenha sido apresentado.

220. Fredie Didier Jr. entende que "a suspensão parcial do processo pode revelar-se problemática ou, até mesmo, inútil, quando, por exemplo, for necessária instrução probatória que repercuta em todos os pedidos. Neste caso, para evitar prática inútil de atos processuais, e em atenção aos princípios da eficiência e da duração razoável do processo, que orientam a construção de regras que evitem desperdício processual, não se deve suspender o processo, determinando-se a realização da atividade instrutória, que servirá para o pedido não alcançado pelo IRDR". Ibid., 2016, p. 636.

221. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 124.

222. Ibid., 2016, p. 121-122.

223. Ibid., 2016, p. 122-123.

Na hipótese de não interpor o recurso especial ou extraordinário, os processos suspensos voltam a tramitar, sendo-lhes aplicada a tese fixada no IRDR[224].

Durante a suspensão do processo não corre prazo de prescrição intercorrente (Enunciado nº 452 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Tal medida é por demais salutar para a jurisdição, sendo uma decorrência necessária para a equalização dos valores em jogo, dado que as partes, cujo recurso tenha sido afetado, não podem ter seus direitos vulnerados em prol do interesse da coletividade de uniformização do entendimento. A suspensão da prescrição é decorrência da adoção de um sistema de precedentes, sendo, portanto, elemento a ele intrínseco.

No curso do processo legislativo para edição do CPC/2015, havia previsão expressa no sentido de que estaria suspensa a pretensão quando "questão de direito" estivesse afetada para julgamento do incidente. No entanto, tal previsão terminou sendo excluída da versão final do projeto que veio a ser aprovada. O argumento foi de que se tratava de matéria de direito civil, não cabendo a inserção de tal previsão no Código de Processo Civil[225].

O incidente pode ser inadmitido, hipótese em que, quando cabível, é convertido em diligência para que se corrijam os vícios constantes da petição ou ofício que requer sua instauração. Neste caso, não se fala de suspensão dos processos que versam sobre a questão controvertida (art. 982, I)[226][227].

3.13. Os Sujeitos Processuais

O exame dos sujeitos processuais no IRDR dá-se a partir da sua classificação e da fixação dos requisitos e limites para sua participação.

224. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 639.

225. TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 124-126.

226. RIO DE JANEIRO. TJRJ. Terceira Câmara Cível. Apelação nº 0351247-51.2014.8.19.0001. Rel. Des. Renata Machado Cotta, j. em 24/05/2016, DJ 30/05/2016; TRE/PB, RE nº 35.795 Cacimba de Areia. Rel. Breno Wanderley César Segundo, j. em 03/11/2016, DJe 07/11/2016.

227. "Nos termos do art. 982, I, do CPC/2015 a suspensão dos processos em virtude de incidente de resolução de demandas repetitivas exige, como uma primeira condição de suspensão, que o referido incidente tenha sido admitido. Exige, ademais, decisão do relator suspendendo os demais processos. No presente caso, observa-se que ainda não houve admissão do incidente de resolução de demanda repetitiva, requerido nos autos da PET 11720, tampouco decisão da em. Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora daquele feito, determinando a suspensão" BRASIL. STJ. Quarta Turma, AgInt. no AREsp. nº 916.279/SP (2016/0119232-7). Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18/01/2016, DJe 25/10/2016.

Sofia Temer[228] destaca que a legitimidade exigida para participar do incidente não se confunde com a tradicional substituição processual, pois o sujeito que conduz o debate não substitui ninguém na defesa de seu direito. No incidente inexiste a proteção de direito subjetivo de outrem, pelo que não se pleiteia direito alheio. Faz-se então necessário ter-se uma nova concepção do princípio do contraditório, haja vista não ser possível a participação direta e pessoal de todos os sujeitos que são afetados pela fixação da tese jurídica. O contraditório não se expressa pela exigência de consentimento, mas pelo direito ao convencimento, ou seja, a vontade dos sujeitos parciais é substituída no incidente, ante seu caráter objetivo, pelo diálogo baseado em argumentos racionais.

A referida autora[229] acrescenta que no IRDR também não é adotado o critério tradicional de interesse e legitimidade –, os quais são extraídos a partir de uma relação de direito substancial litigiosa que se faz imprescindível para o exame do mérito -, sendo eles compreendidos como o pedido identificado a partir da causa de pedir. Numa relação de direitos subjetivos, o direito material é que define os sujeitos que atuam no processo e como se dá tal performance. Nesta, exige-se a legitimação *prima facie* para a prática de todos os atos processuais. No IRDR, contudo, a legitimação é vista a partir da prática de cada ato, ou conjunto de atos, que o sujeito deseja praticar, pois a forma de atuação não é definida *a priori* tomando por base uma relação jurídica controvertida. A legitimidade que se exige dos sujeitos "imparciais", para requerer a instauração do incidente, mostra-se diversa da manifestação dos sujeitos "parciais", cujos processos estão sobrestados. Na primeira hipótese, o ato por eles praticado assemelha-se ao que se tem nos processos de caráter objetivo, enquanto nesta última há uma maior aproximação com a pretensão subjetiva do sujeito, visto que pretende participar da formação da decisão que o afetará posteriormente. O incidente busca solucionar uma "questão de direito" e não determinada demanda, razão pela qual possui estrutura subjetiva multipolarizada, visto que, para solucionar "questão de direito" repetitiva e fixar-se a respectiva tese, poderão concorrer vários sujeitos, cada um deles com interesse e legitimidade[230]. Sofia Temer[231] entende existirem:

I) os *sujeitos condutores*: ficam responsáveis por liderar o debate para a fixação da tese, apresentando os argumentos que são o ponto de partida para a solução da questão, por meio da apresentação da controvérsia no incidente que, a partir daí desenvolver-se-á autonomamente. Ele atua como legitimado extraordinário, pois não defende interesse subjetivo de outrem, mas procura tutelar a ordem jurídica, podendo, inclusive, ser substituído quando for necessário

228. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 20162016, p. 134-138.

229. Ibid., 2016, p. 141-150.

230. Ibid., 2016, p. 141-150.

231. Ibid., 2016, p. 150-182.

para a devida apresentação dos argumentos. Exige-se a seleção de pelo menos dois processos admissíveis e que contenham abrangente argumentação e discussão sobre a questão (art. 1.036, §§ 1° e 6°), podendo o tribunal selecionar outros processos (art. 1.036, § 4°), de modo que a escolha há de recair sobre os sujeitos que possam transpor o máximo de razões para o incidente. Cabe ao líder exercitar o contraditório, considerando-se exercida para os demais se o direito ao convencimento houver sido respeitado;

II) os *sujeitos sobrestados*: são as partes dos processos paralisados, por haverem sido classificados como repetitivos, que venham a exercer o direito de participação. Alguns defendem que sua atuação seria na condição de assistente ou de assistente litisconsorcial, no que a autora discorda, pois o sujeito, cujo processo foi paralisado, não tem interesse jurídico no incidente por inexistir vínculo entre relações jurídicas substanciais. Outros ainda dizem que sua participação dar-se-ia por meio da figura do *amicus curiae*, tendo quem defenda que se assim atuasse restaria suprimida a participação do 'sujeito sobrestado'. Ela, no entanto, considera que melhor é a figura da 'assistência para formação de precedente' ou mesmo uma conduta ainda não 'tipificada', de modo a respeitar-se o contraditório que é exercido por meio da participação pelo *convencimento*. Os *sujeitos sobrestados* podem participar do incidente quando apresentem novos argumentos - o que é visto como a aplicação do requisito da *utilidade* -, não sob a perspectiva do sujeito, mas em favor do objeto do IRDR. A legitimidade é examinada a partir de cada ato praticado, priorizando-se a tutela jurisdicional por meio da busca da economia processual[232];

III) o *amicus curiae*: possui interesse na resolução da questão de direito mesmo não sendo parte[233];

IV) a Defensoria Pública e o Ministério Público: participam por força da lei.[234].

É preciso, contudo, que os "sujeitos sobrestados", o *amicus curiae*, a Defensoria Pública e o Ministério Público, na condição de representantes adequados

232. Fredie Didier Jr., ao tratar deste sujeito, faz constar: "Para que o legitimado possa pedir a instauração do incidente, é preciso ser parte num processo que verse sobre tema que repercuta para diversas outras causas repetitivas. Deve, enfim, haver *pertinência subjetiva* da parte com a tese jurídica a ser fixada pelo tribunal". DIDIER JR., Fredie *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 633.

233. Mais adiante será abordado, em tópico específico, a atuação do *amicus curiae*, remetendo-se o leitor para o ponto da obra cuja análise seja mais detida.

234. Por questão metodológica optou-se por tratar, adiante, do Ministério Público e da Defensoria Pública em pontos distintos, ante as características que lhes compõem. Assim, o exame de suas participações no IRDR será objeto de tópicos específicos.

daqueles em favor de quem estão a atuar, participem da formação da decisão, em atenção ao devido processo legal, em especial no que concerne ao contraditório e à ampla defesa[235].

3.14. A Deliberação das Medidas Urgentes na Hipótese de ser Determinada a Suspensão dos Processos Pendentes

No curso da suspensão, em havendo necessidade de formular-se pedido de tutela de urgência, este deverá ser dirigido ao juízo onde está em curso o processo que veio a ser suspenso por força da admissibilidade do IRDR (art. 982, § 2º).

3.15. Os Poderes do Ministro Relator do Tribunal Superior

No curso do processo legislativo, havia previsão no PL nº 8.046/2010 sobre quais órgãos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça deveriam julgar, respectivamente, o recurso extraordinário e o recurso especial. Entretanto, entendeu-se que tal dispositivo incidiria em inconstitucionalidade posto que o art. 96, I, "a", da Constituição Federal estabelece competir a cada um dos tribunais fixar, em seu regimento interno, a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.

Após ser admitido o IRDR pelo tribunal, as partes, a Defensoria Pública ou o Ministério Público, por petição, poderão dirigir ao presidente do Supremo Tribunal Federal – STF (caso diga respeito a questão federal constitucional) ou do Superior Tribunal de Justiça – STJ (na hipótese de tratar-se de questão federal infraconstitucional), requerimento no qual se pretenda suspender todos os processos, individuais ou coletivos, que estejam em curso no território nacional e tratem da questão objeto do incidente já instaurado (art. 982, § 3º), inclusive os que tramitem no âmbito dos Juizados Especiais (Enunciado nº 471 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A atuação dos legitimados dá-se nos planos subjetivo e objetivo. No âmbito subjetivo, confere-se legitimidade às partes da relação processual originária, assim como àquelas que, independentemente dos limites da competência territorial do tribunal – sendo estes o Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional do Trabalho ou Tribunal Regional Eleitoral -, figurem como parte em processo cuja relação jurídica seja idêntica à que se está a discutir no incidente (art. 982, § 4º). Com isso, pretende-se conferir segurança jurídica, por meio da aplicação ao seu processo da tese firmada pelo tribunal superior, intérprete último da lei federal ou da Constituição Federal.

No plano objetivo, tem-se a legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público, que possuem legitimação extraordinária para a defesa dos necessitados e da ordem jurídica nacional, respectivamente. Por isso, podem acionar as instâncias superiores para que, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, atuem como agentes de pacificação da jurisdição, por meio de mecanismo de otimização da prestação jurisdicional. A provocação dirigida ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público faz presumir que estão atendidos os requisitos da repercussão geral por haver nítido efeito social, jurídico e, talvez, econômico e político.

A suspensão de processos depende apenas da demonstração da existência de múltiplas causas versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região (Enunciado nº 95 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O deferimento da suspensão deverá ocorrer por meio de decisão fundamentada (art. 93, IX, CF/1988), quando for necessário garantir segurança jurídica à questão controvertida, ou estiver presente excepcional interesse social. Os processos ficarão paralisados até posterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial que vier a ser interposto (art. 1.029, § 4º)[236].

O Presidente do Superior Tribunal de Justiça poderá ouvir, no prazo de 5 (cinco) dias, o relator do incidente no tribunal de origem e o Ministério Público Federal (art. 271-A, do Regimento Interno do STJ - RISTJ).

235. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 18. Sofia Temer enfatiza a importância da intervenção de representantes adequados: "Parte-se da premissa de que, como há apenas uma única questão a atingir todos os demandados, cabe resolvê-la em separado, outorgando-se à decisão eficácia perante todos os litigantes das diversas ações individuais. Como é fácil perceber, o incidente, ao excluir a participação de todos em nome da otimização da resolução das demandas, exige grande esforço interpretativo" e complementa: "Trata-se de clara suposição de que a decisão proferida em incidente que julga questão de direito de titularidade de muitos pode a eles ser naturalmente estendida, como se fosse um precedente obrigatório. O incidente de resolução de demandas repetitivas, ao afastar os litigantes das ações individuais da discussão da *mesma* questão de direito (art. 976, I, do CPC/2015), supõe que a decisão dessa questão nada mais é do que um precedente que se aplica aos casos pendentes".

236. Vallisney de Souza Oliveira considera que: "Diante disso, pode-se argumentar que a suspensão de processos causados pela instauração do incidente, assim como a suspensão de todos os processos idênticos pelos tribunais superiores, atenta contra o princípio da razoável duração processual. Embora aparentemente essas duas espécies de suspensão possam violar o princípio da razoável duração, trata-se na realidade de exceção legítima, que atende a outros princípios processuais, como o da igualdade e o da segurança jurídica. Acima de tudo, por outra ótica, a suspensão dos processos, enquanto pendente o julgamento do IRDR, é medida necessária, que traz economia processual e evita serviço inócuo de juízes e tribunais em processo ou processos que poderão ser atingidos e alinhados obrigatoriamente em razão da tese formada no julgamento meritório do incidente". OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, abr./jun. 2016, p. 76.

3.16. Os Legitimados a Recorrer do Acórdão que Julgar o IRDR

Após ser prolatado o acórdão que julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no tribunal de 2° grau, a parte que tiver sido vencida (sujeito condutor) e aquele que tiver seu processo suspenso (sujeito sobrestado) podem interpor recurso especial ou extraordinário (Enunciado n° 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), assim como a Defensoria Pública em seu favor ou do "necessitado" e o Ministério Público na condição de parte ou de "fiscal da ordem jurídica" (art. 996, *caput*).

Os "terceiros interessados" estavam previstos no PL 166/2010, mas foram excluídos da versão final do CPC/2015. Também podem recorrer os "sujeitos sobrestados"[237], por terem interesse em intervir no debate que antecede a confecção da tese, pelo que, de igual forma, possuem interesse recursal[238].

Sofia Temer[239] destaca que, por não haver a defesa direta de direito subjetivo, a escolha dos "líderes" deve recair sobre quem desempenhar tal papel com mais perfeição, de forma que "aqueles que melhor conduzam o debate, apresentando tantas *perspectivas argumentativas* quantas forem possíveis" devem ser os selecionados. Neste contexto,

> Se for constatado que o então líder não teve a melhor atuação ou, ainda, que há, para a fase recursal, outros sujeitos que atendam os requisitos já apresentados (quando tratamos da escolha dos líderes), não há óbice que o tribunal faça nova afetação e escolha de novos sujeitos condutores para os recursos. Também não vemos óbice para que o órgão julgador, constatando a existência de muitos recursos contra a decisão, selecione apenas alguns, com o objetivo de formar o melhor conjunto para a fase recursal, com nova fase de

237. Sofia Temer enfatiza: "Por fim, é importante pontuar que não se aplica, como fundamento para evitar o recurso dos sujeitos sobrestados, a vedação de cabimento de recurso pela pessoa natural que é assistente litisconsorcial nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos. Não se aplica tal fundamento como óbice, além do fato de serem intervenções com pressupostos e características distintas, pelo fato de que, na ação coletiva, o assistente não pode recorrer porque é um regime que se baseia na legitimação extraordinária exclusiva. Para a doutrina especializada, como a pessoa natural não tem legitimação para exercer direito de ação coletiva, também lhe falta para exercer o direito ao recurso. No IRDR a situação é distinta. Não há substituição processual e os sujeitos sobrestados não são substituídos pelo sujeito condutor. Aqueles têm interesse e legitimidade para atuar no incidente, especialmente nos espaços não preenchidos por este, como já demonstramos no capítulo sobre sujeitos processuais". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 248.

238. Ibid., 2016, p. 245-247. Sobre a questão destaca: "Novamente, parece que o filtro para admissibilidade dos recursos deve ser a apresentação de novos elementos recursais. Assim, quanto mais completo e abrangente for o recurso do sujeito condutor, menos espaço haverá para os sujeitos sobrestados atuarem. Do contrário, na ausência de recurso do sujeito condutor, os sujeitos sobrestados atuarão de forma mais ampla" (p. 247).

239. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 248.

> escolha e afetação, à semelhança, inclusive, com o que ocorre com os recursos repetitivos (arts. 1.036 e seguintes).

Qualquer pessoa que seja parte em algum processo com o mesmo objeto do IRDR, independentemente do local onde esteja a tramitar no território nacional, tem legitimidade para interpor o recurso especial ou extraordinário, ainda que a tese seja fixada de modo favorável à parte. Em tal caso, há interesse e legitimidade para recorrer[240]. Pode haver hipóteses em que, porém, sejam interpostos milhares de recursos contra o mesmo acórdão[241].

Com isso, busca-se o acesso, desde logo, às Cortes Superiores, evitando-se o prolongamento de um debate acerca de dada questão jurídica que se mostre relevante em nível nacional. O resultado é que os litígios sobre o tema sejam mais rapidamente enfrentados pelos tribunais que têm competência para dar a última palavra quanto à interpretação da lei federal e da Constituição Federal.

Tal mecanismo é, por demais, salutar, pois, em vez de limitar o âmbito de competência de cada um dos tribunais que compõem a jurisdição nacional, termina por viabilizar, mais rapidamente, uma resposta definitiva em nível nacional.

Na atualidade, o papel do Poder Judiciário é, sempre que possível, propiciar uma solução que se mostre homogênea em favor das pessoas a quem se impõe a jurisdição. O intuito, portanto, é aderir à ideia de uma jurisdição cada vez mais próxima da objetivação do resultado, atuando em prol da pacificação

240. Ibid., 2016, p. 249-250. Neste aspecto, entende a autora: "Nestes casos, o recurso aos tribunais superiores – que talvez possa ser considerado como mero requerimento (ou quem sabe, outro instituto) – nada tem a ver com sucumbência e não exige qualquer demonstração da tentativa de 'melhorar' a tese, considerando, de fundo, a pretensão subjetiva do recorrente. O 'recurso', nesta hipótese, tem o único objetivo de acarretar no espraiamento da tese para o âmbito nacional. É situação que gera, então, interesse e legitimidade recursal muito peculiares, que se distanciam da concepção tradicional que liga a intensão de interpor recurso com a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração de uma decisão judicial. Os pressupostos para atuação, neste caso, decorrem de outro fundamento, que é a autorização da abrangência da tese em nível nacional. Trata-se, em realidade, de uma provocação dos tribunais superiores para que confirmem (ou não) a tese, o qual trará, automaticamente, a aplicação a nível nacional".

241. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641. O autor, ao tratar desta legitimidade, discorre: "O recurso especial ou extraordinário é, em tal hipótese, um instrumento coletivo de defesa de uma interpretação a ser dada a uma questão jurídica. É razoável considerar que a legitimidade para interpor o recurso especial ou extraordinário, tal como só ocorrer no ambiente do processo coletivo, é concorrente e disjuntiva. Quer isso dizer que todos os legitimados são considerados como sendo a mesma pessoa. Assim, interposto um recurso especial ou extraordinário, não é possível, mais haver a interposição de outro, sob pena de caracterizar-se uma litispendência. Todos os interessados podem atuar e participar da discussão travada no recurso especial ou extraordinário, mas não será possível haver confluência ou concorrência de mais de um recurso especial ou extraordinário contra o mesmo acórdão para que o tribunal superior revise a interpretação definida pelo tribunal que julgou o IRDR".

social com a adoção de soluções idênticas aos jurisdicionados que possuam as mesmas questões controvertidas.

Evita-se, desta forma, que as respostas dos tribunais, a quem compete a uniformização da jurisprudência nacional, só venham a ser entregues muito tempo depois do aparecimento da problemática na esfera jurisdicional. Em tais casos, no mais das vezes, já haverá decisões contraditórias aplicáveis a casos idênticos, acarretando insegurança jurídica, o que se mostra deletério à sociedade e ao Estado.

A parte de um processo, que esteja em curso em localidade diversa da competência territorial na qual tramita o IRDR, deverá comprovar a inadmissão do incidente junto ao tribunal com jurisdição sobre o estado ou região na qual esteja em curso sua demanda.

3.17. O Procedimento

A segunda fase do incidente, que se dá após a sua admissão, é a chamada "afetação". Nesta, ocorrem: a) delimitação definitiva do objeto, ou seja, a identificação precisa da questão de direito que se pretende solucionar; b) a identificação inicial dos sujeitos processuais do incidente e a delimitação de suas possibilidades de atuação; c) os atos instrutórios, necessários à pluralização do debate sobre o tema[242].

O relator do incidente ouve as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, podem requerer a juntada de documentos, assim como das diligências que se fazem necessárias à elucidação da questão de direito controvertida. Em seguida, manifesta-se o Ministério Público, no mesmo prazo (art. 983)[243]. Ao final, dá-se ampla publicidade ao resultado[244].

Têm interesse aqueles que forem partes em processos idênticos, os quais estão sobrestados por conta da admissão do incidente. Sua participação concretiza o princípio do contraditório e da ampla defesa, pois a temática a ser decidida afeta diretamente sua causa.

Por outro lado, pode intervir, na condição de *amicus curiae*, a pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada (art. 138, *caput*), que tenha interesse na controvérsia, mesmo não ocupando a condição de parte nas causas que sejam paralisadas. Seu papel é o de ampliar

242. TEMER, Sofia Temer. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 127.

243. Deve-se observar o teor do Enunciado nº 460 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "O microssistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de *amicus curiae*".

244. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

o debate, trazendo argumentos fáticos, jurídicos e de outras especialidades técnicas, possibilitando uma análise mais profunda do objeto do incidente. Desse modo, a decisão proferida goza de legitimidade social.

No intuito de instruir o incidente, o relator pode designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, § 1°).

A ampliação do debate, formalizada pela participação das partes e interessados - por meio da juntada de documentos, realização de diligências, designação de audiência pública para colher depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria -, concretiza o contraditório[245]. Ainda, proporciona a formulação de um juízo dotado de legitimidade constitucional, possibilitando que a decisão proferida tenha eficácia vinculante[246].

Neste aspecto, é dever do relator, do julgamento de casos repetitivos e do IAC, zelar pelo equilíbrio do contraditório, como na hipótese de solicitar a participação, na condição de *amicus curiae*, de pessoas, órgãos ou entidades capazes de sustentar diferentes pontos de vista (Enunciado n° 659 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O contraditório não se limita ao exame das questões de fato, indo além por exigir a análise das questões de direito (art. 10). A instrução do IRDR permite o aprofundamento do debate sobre a questão de direito e dos fatos que a ela sejam comuns[247].

Concluídas as diligências, o relator solicita dia para julgamento do incidente (art. 983, § 2°).

3.18. A Ordem a ser Seguida para o Julgamento

Na terceira fase, que é a do julgamento, o relator deve requerer a inclusão em pauta junto ao órgão que o decidirá, cabendo ao seu presidente designar data para o julgamento, ordenando sua publicação da pauta no órgão oficial (art. 934). Entre a data de publicação da pauta e a da sessão de julgamento decorrerá, pelo menos, o prazo de 5 (cinco) dias (art. 935), o qual será contado em dias úteis (art. 219).

O regimento interno de tribunal não pode atribuir ao relator a possibilidade de julgamento monocrático de recurso ou da ação de competência originária, justificando tal entendimento na "jurisprudência dominante" ou no "entendimento dominante". Casso assim ocorra, resta violado o disposto no art. 927,

245. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 639.

246. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 482.

247. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 639.

IV, V e parágrafo único, do CPC/2015 (Enunciado nº 648 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A razoável antecedência entre a publicação da pauta e o julgamento do IRDR possibilita que os sujeitos processuais se prepararem e os membros da sociedade o acompanhem[248].

Admite-se a sustentação oral (art. 937) na sessão de julgamento designada para o juízo de admissibilidade e para o julgamento do IRDR e do IAC. São legitimados a Defensoria Pública e o Ministério Público (art. 947, § 1º), quando estiverem funcionando no processo[249], bem como o autor e o réu do processo originário e os demais interessados (art. 984) (Enunciado nº 651 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[250].

O rito procedimental a ser observado é o seguinte: o relator faz a exposição do objeto do incidente. Após, o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, podem sustentar suas razões, sucessivamente, pelo prazo de 30 (trinta) minutos[251]. Em seguida, é a vez dos demais interessados se manifestarem[252], também no prazo de 30 (trinta) minutos, os quais são divididos entre todos, exigindo-se que a inscrição ocorra com antecedência de 2 (dois) dias (art. 984).

O órgão julgador pode dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. A extensão do prazo decorre da complexidade das discussões ou do número de interessados ou, ainda, de *amicus curiae*, proporcionando o aumento do tempo de sustentação oral[253].

248. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194.

249. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, out. 2016, p. 236.

250. Inicialmente este autor adotou a posição defendida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no sentido de ser incabível a sustentação oral na fase de admissibilidade do IRDR por ausência de previsão legal, admitindo-a apenas na última etapa, ou seja, quando do julgamento do incidente DISTRITO FEDERAL. TJDFT, Câmara de Uniformização, IRDR nº 0013347-75.2016.8.07.0000, Rel. Des. José Divino, j. em 06/06/2016, DJe 23/06/2016, p. 294/295). No entanto, após refletir sobre o tema resolveu aderir ao teor do Enunciado nº 651 do FPPC.

251. Fredie Didier Jr. propõe: "Numa interpretação sistemática, deve-se, considerando as funções do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, entender que sua sustentação oral há de ser apresentada por último. De todo modo, é possível haver negócio plurilateral, celebrado entre as partes, os interessados, os *amici curiae*, o Ministério público e o órgão julgador, para modificar a ordem das sustentações orais (art. 190, CPC)". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.640.

252. Sofia Temer diz que nesta categoria estão abrangidos os sujeitos sobrestados e o *amicus curiae*, sendo possível eleger-se um único representante caso se faça necessário por conta do tempo deferido pelo órgão julgador. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195.

253. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 640.

Entretanto, a dilação de prazos somente é determinada antes de encerrado o tempo regular (art. 139, VI, e parágrafo único).

Ademais, é admissível acordo para realização de sustentação oral ou para ampliação do seu tempo (Enunciado nº 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Independentemente de haver decisão judicial quanto à ampliação do tempo destinado à sustentação oral, é possível a formalização de negócio jurídico buscando alterá-la[254].

Portanto, o lapso de tempo dispensado aos sujeitos que atuem no incidente há de ser minimamente razoável, oportunizando a exposição e a delimitação da temática, fazendo com que a sustentação oral consiga expressar a defesa de suas teses jurídicas.

O *amicus curiae* e os sujeitos sobrestados possuem 30 (trinta) minutos, os quais são distribuídos entre tantos quantos tenham a habilitação deferida. Melhor teria sido um regramento em que se deferisse, a cada um dos "amigos da corte", tempo mínimo de, ao menos, 10 (dez) minutos, o qual poderia ser estendido, a depender da complexidade da questão e do número de habilitações aceitas. Assim, restaria possível a efetiva discussão e debate do objeto do incidente. Da forma como previsto, pode haver tantos "amigos da corte" que cada um deles terá ínfimo tempo para expor suas razões em matéria, cujas complexidade e relevância exijam um maior aprofundamento. No mais das vezes, o *amicus curiae* termina por trazer elementos fáticos, jurídicos e técnicos que se mostram relevantes para a solução da causa, sendo este o motivo a justificar sua participação. Sua atuação permite um debate mais detido do que o trazido pelas partes da "causa-piloto". Em assim não ocorrendo, a decisão construída pode carecer de legitimidade social.

A sustentação oral do advogado, cujo domicílio profissional seja em cidade diversa de onde o tribunal está sediado, pode ocorrer por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que requeira até o dia anterior ao da sessão (art. 937, § 4º).

O procurador que deseja fazer sustentação oral tem a faculdade de requerer, até o início da sessão, o julgamento do processo em primeiro lugar, sem prejuízo das preferências previstas em lei (art. 937, § 2º).

O relatório nos julgamentos colegiados tem a função preparatória, pelo que deve indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já antecipadamente submetidas ao contraditório (Enunciado nº 522 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O conteúdo do acórdão de casos repetitivos, dentre os quais o IRDR, deve abranger a análise de todos os fundamentos suscitados a respeito da tese jurídica discutida, sejam eles favoráveis ou contrários (art. 984, § 2º), inclusive os trazidos pelos interessados (Enunciado nº 305 do Fórum Permanente de Pro-

254. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 640.

cessualistas Civis). Em assim não ocorrendo, a decisão carece de fundamentação (Enunciado nº 585 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[255].

Tal previsão é de nítido caráter democrático. Os argumentos, trazidos por cada um dos sujeitos, contribuem, cada um na sua medida, para o resultado alcançado com o julgamento. A sociedade toma ciência de que a decisão foi fruto de um debate, tendo a jurisdição sido prestada a partir de diversos pontos de vista.

A exaustiva fundamentação tem o intuito de convencer os destinatários que a solução encontrada foi a melhor dentre as existentes. Desse modo, os demais casos concretos, estejam eles pendentes de julgamento ou sejam futuramente propostos, podem ter a tese a eles aplicada ou, caso se trate de questão distinta, rejeitada sua incidência. Por isso, a tese jurídica estabelecida no IRDR deve descrever, ao menos, os fundamentos determinantes e os dispositivos normativos que se relacionem à tese (art. 979)[256].

O julgamento do IRDR, cujo resultado seja alcançado por votação majoritária, não admite o seu prosseguimento (art. 942, § 4º, I). Por esse motivo, resta inviabilizada a designação de nova sessão, a qual contaria com a presença de outros julgadores convocados em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial. Consequentemente, independentemente do julgamento ter ou não sido unânime, tem-se como definitivo, exceto pelo cabimento de embargos de declaração, sendo inviável buscar sua reversão por meio do voto de membros do tribunal que não tenham participado da sessão anterior de deliberação.

Sofia Temer[257] destaca que, ao ser concluído o julgamento dos casos repetitivos, não se exige a edição de enunciado de súmula. O que se mostra imprescindível é a detida análise da tese jurídica que for ser fixada. Entretanto, por conta da tradição brasileira de editar súmula como elemento de orientação da posição adotada pelo tribunal – e como elemento a propiciar o julgamento de processos judiciais repetidos –, é indispensável que sua elaboração se dê no curso do próprio julgamento. Deste modo, é viabilizada a participação dos sujeitos que nele intervêm para a formação do enunciado, impedindo que o resultado

255. Fredie Didier Jr. defende que, ante o dever de motivação reforçada, o acórdão tem que destacar três partes fundamentais: a) a lista de argumentos examinados; b) a tese firmada; c) o julgamento do caso. Tais requisitos são aplicáveis, de igual modo, ao Incidente de Assunção de Competência. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.661.

256. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 213-214.

257. E arremata: "De nada adiantará prever um procedimento com ampla abertura ao debate e participação democrática e, de outro lado, a edição de enunciado a 'portas fechadas', mormente se – seguindo a cultura atual – apenas os enunciados forem lidos e aplicados pelos operadores do direito". Ibid., 2016, p. 217.

deixe de ter relação com o debate e assegura a participação e influência que deve haver no IRDR.

3.19. A Aplicação da Tese Jurídica Formulada

Ao ser julgado o incidente, sua tese jurídica é aplicada a todos os processos individuais e/ou coletivos que tratam da mesma questão de direito e que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive aqueles que são processados nos juizados especiais do respectivo estado ou região (art. 985, I)[258].

Também será aplicável aos casos futuros[259], quando tiverem idêntica questão de direito e venham a tramitar no território de competência do tribunal[260]. A exceção se dá se a tese vier a sofrer revisão (art. 985, II), a qual ocorrerá no mesmo tribunal, de ofício ou por meio de requerimento formulado pela Defensoria Pública ou Ministério Público (art. 986; art. 977, III).

A fixação da tese traz diversas consequências de ordem processual para os casos pendentes e futuros, quais sejam: a) concessão de tutela provisória de evidência (art. 311); b) julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332) c) julgamento monocrático de recursos e conflitos de competência (arts. 932 e 955); d) cabimento de embargos de declaração que impugna decisão silente acerca de tese firmada em julgamento de casos repetitivos de forma que a decisão será omissa (art. 1.022); e) nulidade da decisão por falta de fundamentação no que diz respeito ao precedente obrigatório (art. 489, § 1º, V e VI); f) dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º); g) dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença, exceto se houver risco de dano (art. 521); h) exceção à ordem cronológica de julgamento (art. 12, § 2º, III); i) cabimento de desistência independente do consentimento da parte adversa e dispensa quanto ao pagamento de custas e honorários quando ocorrer antes da contestação (art. 1.040, §§ 1º e 3º); j) cabimento de reclamação (art. 988, IV)[261].

Consoante adverte Sofia Temer[262], é preciso, no entanto, interpretar e aplicar a decisão judicial de modo consciente e problematizado, posto que,

258. O Fórum Permanente de Processualistas Civis adota este entendimento, o qual está previsto no Enunciado nº 549: "O rol do art. 927 e os precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais deverão ser observados no âmbito dos Juizados Especiais".

259. Sofia Temer compreende que não parece haver razão para diferenciar a eficácia da decisão advinda do julgamento do IRDR para as situações pendentes e futuras, em especial quanto ao dever de fundamentação. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.228.

260. Sofia Temer observa que a aplicação da tese aos casos pendentes e futuros não decorre da extensão da coisa julgada fixada no IRDR, mas da eficácia vinculativa prevista na lei, referente a tese jurídica que veio a ser construída. Por outro lado, quanto aos casos concretos, haveria coisa julgada. Ibid., 2016, p.233-234.

261. Ibid., 2016, p. 252-253.

262. Em complemento, destaca: "A aplicação de precedentes no julgamento dos casos concretos não dispensa, por óbvio, o respeito ao contraditório, de modo que o órgão julgador deverá em qual-

> A má aplicação de precedentes deve ser encarada como uma patologia, um desvio que deve ser combatido, e não uma justificativa que leve ao abandono do instituto. O precedente judicial é, nesse sentido, mais uma das fontes normativas do sistema jurídico e, por isso, seu processo de interpretação e aplicação, apesar de ter aspectos peculiares, não pode ser irresponsável e nem negar exigências constitucionais. Na aplicação do ordenamento jurídico, que compreende tanto a lei quanto o precedente, o juiz tem deveres dos quais não pode se desviar.

Deve-se considerar que, mesmo estando o tribunal e os juízes, que o compõem, vinculados ao padrão decisório, mostra-se relevante o exame das circunstâncias que informam cada caso concreto a partir dos argumentos debatidos no incidente e na conclusão por ele adotada. Com isso, confere-se legitimidade substancial ao precedente, até porque "a aplicação da tese jurídica não justifica atividade jurisdicional irresponsável"[263].

A revisão poderá decorrer de uma alteração da situação fática ou jurídica, fazendo com que a estabilidade e a expansão da solução antes adotada deixem de surtir o efeito vinculante para os demais casos[264].

Debate-se acerca da natureza jurídica da decisão proferida em IRDR. A primeira posição defende que IRDR fixa uma tese em abstrato, a qual não é aplicada ao caso concreto[265]. A segunda considera que o incidente resolve o conflito subjetivo, sendo esta à qual se adere, pois, mesmo considerando o teor nitidamente objetivo que o legislador pretendeu empregar no instituto, sua repercussão direta e imediata é na "causa-piloto" e, de forma indireta e mediata,

quer hipótese submeter a aplicação do padrão decisório à discussão. Embora o julgador não possa desconsiderar o padrão decisório, que tem eficácia vinculativa, deverá ouvir as partes sobre sua incidência ao caso específico, porque dessa oportunidade de manifestação pode resultar, por exemplo, a comprovação da distinção do caso. Exige-se observância ao contraditório e fundamentação adequada". Ibid., 2016, p. 218.

263. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 219.

264. Ibid., 2016, p. 213.

265. Importante observar que, na mesma obra, a doutrinadora chega a considerar: "Desse modo é possível afirmar que o IRDR preocupa-se *preponderantemente* com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do ordenamento jurídico. Os direitos subjetivos serão tutelados em um segundo momento, por ocasião da aplicação da tese jurídica no julgamento dos casos concretos" (p. 80) para então concluir que "por isso, entendemos que a atividade cognitivo-decisória realizada no IRDR é uma mescla de abstração (por descolar-se de conflitos subjetivos ou *lides* específicas) e de concretude (por não ignorar as circunstâncias fáticas ocorridas nas situações repetitivas que motivaram a instauração do IRDR e pela necessidade de solucionar a controvérsia e fixar uma tese que esteja contextualizada com realidade e com as situações concretas que virá a regular)" (p. 89). Ora, proteger-se de modo mais destacado o direito objetivo corresponde afirmar que também haverá a proteção ao direito subjetivo, mesmo que em menor medida, e assim ocorre quando a tese fixada vem a ser aplicada na "causa-piloto" e nas demais que possuírem ou venham a ter o mesmo objeto, de modo que se pode afirmar ter o incidente caráter objetivo-subjetivo. Ibid., 2016, p.80.

sobre os demais processos em trâmite no tribunal e nas causas futuras. Portanto, além de fixar uma tese jurídica, julga o caso concreto[266,267].

Inegável que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a criação da súmula vinculante (art. 103-A, *caput*, da CF/88) e da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3°, da CF/88), ficou evidenciado que se pretendeu atribuir ao processo um caráter mais objetivo. Tal característica, no entanto, não era estranha ao processo civil brasileiro. O Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, previsto nos arts. 480 a 482 do CPC/1973, já adotava a técnica de objetivar o conflito subjetivo por meio da arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. O CPC/2015 – em especial pela criação do IRDR –, dentre outros diplomas legais, acentuou ainda mais tal característica da atuação jurisdicional brasileira, por meio da fixação de teses, as quais passam a ser aplicáveis aos casos concretos que estejam em trâmite no Poder Judiciário ou que venham a ser futuramente propostos[268].

Deve haver congruência entre a questão objeto da decisão, que admite o incidente de resolução de demandas repetitivas, e a decisão final, que fixa a tese (Enunciado nº 606 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A decisão proferida em IRDR pode ser contrária à tese defendida pela parte que provocou sua instauração. Tal fato não faz com que o incidente incida na proibição da *reformatio in pejus*, pois o que nele se busca é "obter a inteligência do Direito em tese"[269].

266. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479.

267. Por outro lado, adotam compreensão distinta: "Se houver desistência ou abandono do caso em andamento, escolhida a ação coletiva como caso-piloto no julgamento de casos repetitivos, poderá o Ministério Público ou qualquer outro colegitimado assumir o polo ativo. A condução da discussão da tese jurídica a ser firmada continuará vinculada ao caso-piloto, pois se trata de desistência ineficaz - aplica-se ao caso-piloto o regramento diferenciado da desistência ou abandono em processo coletivo (art. 5.º, § 3.º, da Lei 7.347/1985). Nesse caso, a tese a ser fixada *aplicar-se-á* ao caso-piloto. Se houver desistência do caso em andamento, não sendo ele uma ação coletiva, Ministério Público assumirá a condução da discussão da tese jurídica a ser firmada, migrando da posição de *fiscal da ordem jurídica* para a posição de *parte* do incidente. Nesse caso, a tese a ser fixada *não se aplicará* ao caso-piloto. O incidente será julgado; o caso, não". DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 212-213, jun. 2016. DTR\2016\19772.

268. Neste sentido, Sofia Temer ressalta: "Com efeito, observa-se um movimento crescente de dessubjetivação também do processo 'tradicional'. Vislumbra-se a crescente abstração – ou desvinculação de conflitos subjetivos específicos – nos julgamentos 'tradicionais'. Do mesmo modo, algumas decisões que antes eram circunscritas às partes do litígio passaram a assumir eficácias mais abrangentes". TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 84.

269. OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo Código de Processo Civil*: o incidente de resolução de demandas repetitivas. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

O IRDR, por ter força de precedente obrigatório no âmbito da competência territorial do tribunal, faz com que a tese por ele confeccionada deva ser respeitada, mediante o seu cumprimento, em especial pelos juízos a ele vinculados e pelo próprio colegiado que o editar[270].

Isso decore do dever de autorreferência, que corresponde a uma das dimensões da coerência e consiste na necessidade de os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (Enunciado nº 454 do Fórum permanente de Processualistas Civis). Também se dá pelo dever de não-contradição, sendo esta uma das dimensões do dever de coerência e representa a obrigação de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação (Enunciado nº 455 do Fórum permanente de Processualistas Civis).

Num Estado Democrático Constitucional, a adoção de precedentes normativos formalmente vinculantes não se baseia apenas na igualdade, previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica) e efetividade (duração razoável dos processos), mas no fato de os juízes e tribunais ficarem vinculados aos próprios precedentes e aos que foram construídos pelo tribunal em momento anterior à atual composição[271].

Tanto assim que, o pedido fundado em tese aprovada em IRDR deve ser julgado procedente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo se for o caso de distinção ou se houver superação do entendimento pelo tribunal com-

270. Juraci Mourão Lopes Filho lembra que "[...] Justamente por se ter procedimento cuja finalidade específica é a produção de uma tese que servirá de parâmetro para julgamentos futuros, fala-se de formação concentrada de precedentes. Contudo, essa concentração procedimental não é capaz de impedir a incidência das características hermenêuticas materiais já expostas sobre o precedente e sua *ratio*. Não se tem, pois, uma formação meramente unilateral da *ratio decidendi*, pois a tese neles formada, ainda que de maneira concentrada, será constantemente reinserida nos círculos hermenêuticos dos inúmeros casos seguintes de aplicação, pelo que se pode obter sentidos diversos. No julgamento dos casos repetitivos e do IAC, há, como dito, a fixação de uma tese em torno de uma questão de direito que os justifica, a qual deverá ser observada em julgamentos posteriores. Em relação a essa questão de direito que autoriza o uso de ambos os incidentes, a tese corresponde à *ratio decidendi* do incidente, o que atrai para ela as várias observações feitas até aqui a respeito do tema desde a tradição inglesa e que não podem ser desconsideradas para compreensão das disposições codificadas. Assim, é preciso cotejar os dispositivos do código às várias considerações teóricas que indicam que a *ratio decidendi* não é integralmente definida pela corte emissora em um ato único e bem delimitado. No entanto, dada a concentração procedimental e a possibilidade de se cotejarem os vários argumentos possíveis, com uma participação ampla de interessado, é possível se formar um precedente realmente com uma grande força hermenêutica desde seu nascimento. Com efeito, caso o tribunal eleja bem o caso paradigma, promova uma ampla divulgação de sua instauração para o qual acorra um número elevado de interessados, que aportam os mais diversos e amplos argumentos, resultando um julgamento bem fundamentado, que enfrente adequada e pormenorizadamente todos esses aspectos, ter-se-á realmente um precedente robusto, cujo desafio e mesmo a distinção serão bem mais dificultosos, ainda que possíveis". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 317.

271. ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 300, set. 2014. DTR\2015\11095.

petente (Enunciado nº 20 do ENFAM). Em sentido contrário, os entendimentos adotados no IRDR e no IAC proporcionam ao juiz, nas causas em que a fase instrutória seja dispensável, julgar liminarmente improcedente o pedido formulado pelo autor independentemente de ter o réu sido citado para compor a relação processual (art. 332, III).

Existem inúmeras hipóteses legais em que a existência de precedente obrigatório possibilita a adoção de técnica decisória que assegure a imediata uniformidade do provimento jurisdicional, sendo elas:

i) o deferimento liminar da tutela de evidência *inaudita altera parte* (art. 311, parágrafo único) quando a comprovação do direito dê-se, unicamente, por meio de prova documental e haja tese firmada em casos repetitivos (art. 311, II) ou em incidente de assunção de competência;

ii) o recebimento da apelação apenas no efeito devolutivo, no caso da tutela de evidência deferida ser confirmada quando da prolação da sentença, caso em que pode haver seu cumprimento provisório (art. 1.012, § 1º, V);

iii) a sentença que adota o entendimento constante de IRDR e IAC não está sujeita a remessa necessária, mesmo que a parte vencida seja a Fazenda Pública (art. 496, § 4º, III);

iv) a dispensa da caução na execução provisória quando a sentença adotar precedente fixado em caso repetitivo (art. 521, IV) ou assunção de competência;

v) os julgamentos monocráticos nos tribunais quando a decisão combatida estiver em conformidade com tese firmada em IRDR ou IAC, hipótese em que será possível ao relator negar seguimento ao recurso (art. 932, IV, c) ou dar-lhe imediato provimento (art. 932, V, c).

Os juízes e tribunais hão de observar os acórdãos em IRDR, em IAC, e o julgamento de recurso extraordinário e especial repetidos (art. 927, III)[272]. O relator do conflito de competência poderá julgá-lo de plano quando sua decisão se fundar em tese firmada nessas hipóteses de julgamento (art. 955, parágrafo único, II). É possível, entretanto, utilizar a técnica da antecipação da revogação[273].

272. Este é o entendimento firmado no Enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos".

273. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. e Ravi Peixoto explicam: "O *anticipatory overruling* consiste em uma técnica utilizada pelas Cortes inferiores de antecipar um *overruling* anteriormente induzido de diversas formas pelas Cortes Superiores, mediante a não aplicação, ao caso em julgamento, do precedente supostamente vinculante invocado por uma das partes. *Trata-se de uma espécie de exercício de previsibilidade exercido pelos tribunais inferiores*. [...] No *anticipatory overruling*,

Nas causas que ordinariamente se sujeitam ao duplo grau de jurisdição não

tem-se uma espécie de exercício de previsibilidade, justamente porque não incumbe aos tribunais inferiores o poder de revogar os precedentes das Cortes Superiores. Como mencionado alhures, mesmo que haja a não aplicação do precedente das Cortes Superiores, essa revogação não tem a capacidade de retirar a eficácia daquele precedente, não gerando vinculação para os outros tribunais. Consoante aponta Antonio do Passo Cabral, no máximo tem-se uma revogação de fato e não de direito, por faltar, na utilização da antecipação da revogação, competência ao órgão jurisdicional para revogar a norma do precedente. Algumas distinções são necessárias. A técnica antecipatória da revogação não pode ser confundida com os casos em que houve revogação implícita do precedente. Quando esta ocorre, por mais que às vezes exista certa dificuldade na interpretação da decisão, a argumentação da Corte busca demonstrar que o precedente que não se almeja aplicar simplesmente foi revogado. Na hipótese em análise, a fundamentação da decisão da Corte inferior que não aplica o precedente é no sentido de que ele ainda é supostamente válido, mas que, por uma série de motivos, tende a ser modificado em breve pela Corte Superior, conforme sinalizado por ela mesmo, e não mais deve ser aplicado por não mais estar em consonância com a tendência de posicionamento da Corte Superior. Ainda, o *anticipatory overrruling* é inconfundível com a técnica da distinção, em que a argumentação não se dirige a não aplicação do precedente por estar desatualizado, mas apenas no sentido de demonstrar que ele não incide no caso concreto, em virtude da existência de situação fática substancialmente diversa. Outra técnica com a qual o *anticipatory overrruling* não deve ser confundida é a sinalização, que consiste em uma técnica em que a Corte Superior, e apenas ela, indica a provável mudança do seu posicionamento e que o fará em julgamento posterior. O *signaling* é um dos elementos que podem compor a argumentação para a utilização da técnica da antecipação da revogação do precedente, mas são técnicas diversas. A utilização do *anticipatory overrruling* depende da demonstração pelas Cortes inferiores de uma série de situações ocorridas na Corte Superior. Por exemplo, quando um determinado precedente vem sendo erodido por meio de outras decisões que não envolvem diretamente a *ratio decidendi* que está sendo analisada pela Corte inferior, mas que mesmo assim se mostra incompatível com ele; nesse caso, haveria uma incompatibilidade da fundamentação de casos posteriores sobre *temas correlatos* com uma determinada *ratio decidendi*. Outro exemplo de *anticipatory overrruling*, seria no caso em que a Corte inferior detectasse que, em determinado julgamento, a Corte Superior indicou, em *obiter dictum*, a revogação do precedente, mas ainda não o realizou, estando apenas à espera de um novo caso concreto semelhante. Nessa hipótese, decidindo a Corte inferior no sentido já indicado pela Corte Superior em *obiter dictum*, logo, antecipando-se à provável revogação do precedente, configurado estaria o *anticipatory overrruling*. A situação aqui parece ser mais concreta do que as anteriores, já que haveria argumentação por um verdadeiro *signaling* pela Corte Superior. Observa-se a tendência da antecipação da revogação quando há modificação dos membros da Corte ou da opinião dos existentes, que pode ser buscada tanto em votos, como em manifestações exteriores, como artigos ou palestras. O problema aqui é o fato de que uma previsão um tanto quanto falha, já que a modificação do voto apenas por alguns membros pode nada significar para a mudança de um posicionamento, a não ser que se identifique a modificação da maioria dos votos. Outra hipótese é quando a Corte Superior, embora não revogue o precedente passa a realizar distinções inconsistentes, o que acaba minando o campo gravitacional do precedente. Por vezes, ele acaba sendo diminuído, que resta pouco a ser revogado e a Corte inferior apenas antecipa essa situação. Por outro lado, há exemplos de casos em que a técnica não deve ser utilizada. A mera decisão por maioria não pode ser tida como uma tendência de revogação. Inclusive é até possível imaginar maior força dessas decisões justamente, porque mais razões para a não adoção do precedente foram levantadas e rejeitadas. Reforçando algo já apontado, a opinião da Corte inferior sobre o precedente não consiste em argumentação condizente com a técnica, que se relaciona sempre com a atuação da Corte Superior. A possibilidade de a Corte Superior realizar um *reversal* – revisão do julgado via recurso – em caso de não haver revogação antecipada também não é fundamentação adequada. Outrossim, o fato de outra Corte inferior ter utilizado a técnica não pode ser um fato único para a sua utilização, já que esta pode tê-lo feito de

há a remessa necessária quando a tese adotada na sentença estiver de acordo com a assentada no IRDR ou no IAC (art. 496, § 4°, III).

Na hipótese de o julgador não se manifestar sobre tese estabelecida em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso em exame, podem ser interpostos embargos de declaração sob o fundamento de estar omissa a decisão impugnada (art. 1.022, parágrafo único, I).

Com o julgamento do IRDR, compete aos juízos que compõem aquele tribunal respeitar a tese por ele emitida. Caso haja afronta à autoridade da decisão, é viável a propositura de reclamação dirigida ao tribunal que julgou o IRDR[274] (Enunciado n° 349 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A edição de precedentes nos recursos repetitivos não significa que há violação à separação dos poderes. O texto da lei e a norma dela extraída pelo intérprete, assim como a descrita na decisão, possuem uma relação de vinculação, sendo atividades que se integram reciprocamente por conta da força normativa da decisão. Neste aspecto, não se pode arguir que o Poder Judiciário estará usurpando as atribuições conferidas ao Poder Legislativo, haja vista que

forma inadequada, muito embora possa ser um fator a mais de argumentação. É inegável que a antecipação da revogação é uma técnica que depende de uma cuidadosa análise dos precedentes das Cortes Superiores. Incumbe tanto aos operadores do direito uma leitura detalhada do inteiro teor dos julgados para perceber novas tendências. A partir do momento em que passamos a trabalhar com o *stare decisis*, a relevância do adequado manejo dos precedentes aumenta exponencialmente e apenas mediante essa nova cultura é que se poderá admitir o *anticipatory overrruling*. Não será por qualquer singelo *obiter dictum* que ele será autorizado" para então concluir que "a ausência da previsão expressa no texto normativo do NCPC não pode ser entendida como uma vedação à utilização da referida técnica, que é essencial para a flexibilização da sistemática dos precedentes. Nos casos em que o tribunal superior, através de seus precedentes anteriores, fornecer sinais de que deve revogar o precedente, é possível que os tribunais inferiores se antecipem e pratiquem o *anticipatory overrruling*, permitindo maior flexibilização e também aumentando o diálogo institucional e eventualmente reforçando o tribunal superior a fornecer uma resposta definitva" ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; ATAÍDE JR., Ravi Peixoto. *Flexibilidade,* stare decisis *e o desenvolvimento do* anticipatory overruling *no direito brasileiro. Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 236, p. 289-297, out. 2014.

274. É preciso aqui trazer as considerações de Juraci Mourão Lopes Filho no sentido de que "como já foi exposto, só se interpreta o Direito projetando-o em um contexto de aplicação, o qual necessariamente envolve uma dimensão fática, ainda que meramente imaginada, segundo o que hodiernamente acontece. É possível, então, que após a fixação da tese dos casos repetitivos, mediante a solução da respectiva questão de direito, observe-se um caso posterior que levante um contexto fático distinto, que fuja dos padrões gerais de interpretação/aplicação considerados para fixação da tese. Por isso, é possível o *distinguish*. É aceitável, ainda, que tenha havido uma alteração geral dos elementos incidentes sobre o círculo hermenêutico autorizando mesmo uma superação da tese jurídica ou seu desafio na hipótese de rompimento da integridade do Direito". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 318-319.

o precedente não possui as características de universalidade e imutabilidade, as quais são próprias das normas emanadas do parlamento[275].

3.19.1. A aplicação da tese jurídica aos juizados especiais

Os juizados especiais têm autonomia em relação aos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, sendo a turma recursal seu órgão hierarquicamente superior, o qual é composto por juízes. O CPC/2015 não estabelece que o incidente instaurado no tribunal suspenda os processos em trâmite no juizado especial. Mas, esta paralisação se faz necessária posto que a tese a ser fixada será aplicável na esfera dessa justiça especializada[276].

Questão importante a ser debatida diz respeito à constitucionalidade da disposição contida no art. 985, I, do CPC, que prevê a aplicação da tese firmada a todos os processos que tratem sobre idêntica questão de direito, os quais estejam sendo objeto de análise na área de jurisdição do tribunal, o que abrangeria, inclusive, os que tramitem nos juizados especiais.

O argumento que se levanta diz respeito ao fato de os juizados especiais, por expressa previsão constitucional (art. 98, I), não se subordinarem, no aspecto jurisdicional, às posições adotadas pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. Então, os recursos decorrentes das decisões proferidas pelos juízes dos juizados são dirigidos à turma recursal, a qual tem sua composição formada por juízes de primeira instância. Assim, a tese editada por aqueles tribunais não se estende à jurisdição dos juizados[277].

Sofia Temer considera haver uma quebra, na pretendida harmonia do sistema, quando dois órgãos com competência coincidentes –, no caso a turma recursal e o tribunal –, proferem entendimentos colidentes. Por ser incabível o recurso especial decorrente de decisão proferida em turma recursal (arts. 98 e 105, CF/1988; Súmula nº 203/STJ), o incidente neste instaurado não pode ser revisto pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede a uniformização da jurisprudência de âmbito nacional. No caso dos juizados federais e da fazenda pública, por haverem as turmas de uniformização nacional, é possível o Superior Tribunal de Justiça examinar as hipóteses de decisões divergentes[278].

O Supremo Tribunal Federal já considerou ser cabível, de modo excepcional, a reclamação constitucional dirigida ao Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de conferir uniformidade à interpretação da lei federal decorrente

275. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 223-225.

276. Ibid., 2016, p. 116-117.

277. Esta foi a posição defendida pelo Desembargador Amorim Cantuária ao relatar o IRDR nº 0027305-03.2016.8.26.0000 perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

278. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116-119.

de julgamento proferido nos juizados especiais estaduais, enquanto não fosse criada, por lei, a turma de uniformização[279]. No entanto, por conta da edição da Resolução nº 3, de 07/04/2016-STJ[280,281]

> Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas

279. O acórdão está assim ementado: "[...] Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional" BRASIL. STF, Tribunal Pleno, RE nº 571.572 ED/BA. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26/08/2009. DJe-223 div. 26-11-2009 pub. 27-11-2009.

280. Disponível em:<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf>.

281. Sobre o tema, Fredie Didier Jr. faz constar: "Com o advento do CPC de 2015, a Resolução n. 12/2009-STJ está revogada. No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, caberá reclamação ao STJ para garantir a autoridade de suas decisões. E, como já vinha sendo interpretado pelo STJ, o termo 'autoridade de suas decisões' abrange enunciado de sua súmula de jurisprudência e casos de decisão judicial teratológica. Ademais, segundo dispõe o art. 988, IV, do CPC, caberá reclamação ao STJ, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, para garantir a observância de precedente proferido em incidente de assunção de competência. E, nos termos do § 5º, II, do mesmo art. 988, caberá reclamação, após esgotadas as instâncias ordinárias, ou seja, depois de julgado o recurso pela turma recursal e, se for o caso, depois de julgado o incidente de uniformização de lei federal pela Turma Nacional de Uniformização, para garantir a observância de precedente firmado em recurso especial repetitivo. Assim, firmado precedente em recurso especial repetitivo, a tese jurídica será aplicada a todos os casos, inclusive naqueles em curso em Juizados Especiais Cíveis. De igual modo, firmado precedente em incidente de assunção de competência no STJ, todos os juízos devem seguir a orientação, inclusive os dos Juizados Especiais Cíveis. Não cumprida a orientação, caberá reclamação: no caso do precedente firmado em assunção de competência, cabe, desde logo, a reclamação; no caso de precedente firmado em recurso especial repetitivo, a reclamação somente será cabível depois de esgotadas as instâncias ordinárias. A reclamação será cabível independentemente de a questão ser de direito material ou de direito processual. Isso porque o 'julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual' (art. 928, par. ún., CPC)". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p.555.

repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

Sobre a questão controversa, Fredie Didier Jr.[282] defende:

> A tese fixada no IRDR aplica-se aos processos dos Juizados Especiais, conforme estabelece o inciso I do art. 985 do CPC. Não parece haver inconstitucionalidade nisso. Se é verdade que não há hierarquia jurisdicional entre os juízes dos juizados e os tribunais, não é inusitado haver medidas judiciais em tribunais que controlam atos de juízos a ele não vinculados. O STJ, por exemplo, julga conflito de competência entre juízos comuns e juízos trabalhistas, embora estes últimos não estejam a ele vinculados. Ao TRF da respectiva região compete decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária, conforme entendimento explicitado no enunciado 428 da Súmula do STJ. Os juízes dos juizados federais não estão vinculados ao TRF, mas este julga conflitos de competência que os envolvem. Os juízes dos juizados não estão hierarquicamente vinculados ao STJ; não cabe recurso especial de decisões proferidas nos juizados (Súmula STJ, n. 203), mas é evidente que devem seguir o entendimento manifestado pelo STJ em recurso repetitivo e em enunciado de súmula em matéria infraconstitucional (art. 927, III e IV, CPC).

Caso assim não entenda, pode-se admitir o IRDR nos juizados especiais, o qual deve ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema (Enunciado nº 44 do ENFAM).

3.20. A Reclamação como Instrumento Processual Capaz de Conferir Força à Tese Jurídica

Conforme observou o Deputado Paulo Teixeira, relator-geral da Comissão Especial instalada pela Câmara dos Deputados destinada a proferir parecer sobre o Projeto nº 8.046, de 2010, a reclamação não tem natureza recursal, mas de ação autônoma de impugnação[283], sendo ela cabível no âmbito de qualquer tribunal e não apenas na esfera dos tribunais superiores[284].

282. Ibid., 2016, p. 643.

283. O Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, veio a adotar este entendimento: "A doutrina e a jurisprudência não se afastam da compreensão de que a reclamação é uma autêntica ação, e não um recurso ou incidente processual, *et pour cause*, a decisão proferida na mesma pode transitar em julgado. Precedente: Rcl 532 AgR, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1996. DJ 20-09-1996)" (BRASIL. STF. Primeira Turma, Rcl nº 1.728 CumpSent/DF. Rel. Min. Luix Fux, j. em 24/11/2015. DJe-072 div. 15-04-2016 pub. 18-04-2016). O STJ corrobora esta posição e acrescenta que: "Exatamente por não ter natureza jurídica de recurso, não se aplica à reclamação o óbice relativo ao princípio da unirrecorribilidade. Da mesma forma, considerando-se que a reclamação não interrompe o prazo recursal, não há como impedir a interposição concomitante de recurso para essa finalidade". BRASIL. STJ. Terceira Seção, Rcl nº 19.838/PE (2014/0219228-5), Rel. Min. Gurgel Faria, j. em 22/04/2015, DJe 06/05/2015, RDDP vol. 152 p. 184.

Esta é posição do Supremo Tribunal Federal, que considera ser tal mecanismo uma decorrência do princípio da simetria constitucional e uma extensão dos poderes implícitos atribuído ao tribunal que lhe competir julgar[285]. Fredie Didier Jr.[286] adota o mesmo entendimento por considerar que,

> Os tribunais têm poderes implícitos, necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Significa, então, que a reclamação não precisa necessariamente de previsão em texto normativo, sendo manifestação dos poderes implícitos dos tribunais, que servem para dar efetividade às próprias decisões e para a defesa de suas competências.

A partir da edição do CPC/2015, a reclamação –, que estava prevista apenas na Constituição Federal para ser aplicada ao Supremo Tribunal Federal

284. Fredie Didier Jr. corrobora tal posição, afirmando que "a reclamação tem, enfim, natureza jurídica de ação. É exemplo de ação autônoma de impugnação de ato judicial, de natureza constitucional". DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 533.

285. "A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais" (BRASIL. STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2.212/CE, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 02/10/2003, DJ 14-11-2003 p. 11, EMENT vol. 2132-13 p. 2403) e ainda "O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.212 (Pl. 2.10.03, Ellen, DJ 14.11.2003), alterou o entendimento – firmado em período anterior à ordem constitucional vigente (v.g., Rp 1092, Pleno, Djaci Falcão, RTJ 112/504) - do monopólio da reclamação pelo Supremo Tribunal Federal e assentou a adequação do instituto com os preceitos da Constituição de 1988: de acordo com a sua natureza jurídica (situada no âmbito do direito de petição previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal) e com os princípios da simetria (art. 125, caput e § 1º) e da efetividade das decisões judiciais, é permitida a previsão da reclamação na Constituição Estadual. Questionada a constitucionalidade de norma regimental, é desnecessário indagar se a colocação do instrumento na seara do direito de petição dispensa, ou não, a sua previsão na Constituição estadual, dado que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal – ainda que por instrumento com nomenclatura diversa (Const. Est. (PB), art. 105, I, e e f). Inexistente a violação do § 1º do art. 125 da Constituição Federal: a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual – na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado à extensão dos seus poderes implícitos – possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do art. 96, I, da Constituição Federal". BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI nº 2.480/PB. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02/04/2007. DJe-037 div. 14-06-2007 pub. 15-06-2007. DJ 15-06-2007 p. 20, EMENT vol. 2280-01 p. 165.

286. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 530.

(art. 102, I, *l*, e art. 103-A, § 3º) e ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *f*) –, pode ser ajuizada perante qualquer tribunal (art. 988, § 1°, primeira parte)[287].

A reclamação decorreu da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cuja finalidade foi dar cumprimento às decisões por ele proferidas, sendo uma decorrência da amplitude constitucional e natural dos seus poderes[288]. Tal compreensão advém do fato de que[289],

> Pela teoria dos poderes implícitos se a Constituição da República atribui determinada competência a entidade jurídica, deve ser reconhecida a esta entidade a possibilidade de se utilizar dos instrumentos adequados e necessários para o regular exercício da competência que lhe foi atribuída.

Então, quando a Constituição Federal proporciona os fins a serem atingidos, termina por possibilitar os meios para sua implementação[290], com o intuito

287. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485.

288. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar, pela primeira vez, uma reclamação consignou: "A competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional. Vão seria o poder, outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fôra possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos, acaso desatendidos pelas justiças locais. A criação dum remédio de direito para vindicar o cumprimento fiel das suas sentenças, está na vocação do Supremo Tribunal Federal e na amplitude constitucional e natural de seus poderes. Necessária e legitima é assim a admissão do processo de Reclamação, como o Supremo Tribunal tem feito. É de ser julgada procedente a Reclamação quando a justiça local deixa de atender à decisão do Supremo Tribunal Federal". BRASIL. STF, Tribunal Pleno. Rcl. nº 141 primeira/SP. Rel. Min. Rocha Lagoa, j. em 25/01/1952, DJ 17-04-1952 p. 3549 Ement. vol. 78 p. 1.

289. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE nº 570.392/RS, voto da Ministra Cármen Lúcia, j. em 11/12/2014. DJe-032 div. 18-02-2015 pub. 19-02-2015.

290. BRASIL. STF. Segunda Turma, RE nº 468.523/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01/12/2010, DJe-030 div. 18-02-2010 pub. 19-02-2010, Ement vol. 2390-03 p. 580 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 536-544 JC v. 36, n. 120, 2010, p. 144-160. Lapidar se apresenta o voto do Ministro Celso de Mello acerca do tema: "Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', p. 312, item n. XI, 18º ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso 'McCULLOCH V. MARYLAND' (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Há que se registrar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELLO CAETANO ('Direito Constitucional', v. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, 'Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos' (grifei). Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES ('Teoria e Prática do Poder Judiciário', p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, assim, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional [...]. Daí a corretíssima advertência do eminente e saudoso Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ('Os Poderes do Presidente da República', 'in' RDA, vol. 29/22): 'Nada mais lógico, portanto, do que recorrermos Eventualimente ao expediente dos poderes implícitos, para neles assentar algum poder derivado de que [...] tivesse de utilizar-se para integral desempenho

de preservar a ordem constitucional. No entanto, como os "*implied powers*" pretendem suprir uma omissão do constituinte, somente é possível aplicá-lo na hipótese de haver um vazio normativo[291].

Há quem se posicione em sentido diverso, sob o argumento de que a competência dos tribunais superiores só pode ser ampliada caso a Constituição Federal fosse alterada por meio de emenda constitucional[292]. No entanto, esta

de seu papel constitucional.' (grifou-se) Não constitui demasia relembrar, neste ponto, a lição definitiva de RUI BARBOSA ('Comentários à Constituição Federal Brasileira', vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos - após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO – assinala: 'Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regime, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de exercer a cada atribuição conferida. A cada um dos órgãos da soberania nacional do nosso regime, corresponde, implicitamente, mas inegavelmente, o direito ao uso dos meios necessários, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida. Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. [...]. Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios [...]. A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem em mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios que a ele forem claramente adaptáveis, todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder.' (grifou-se)". BRASIL. STF. Segunda Turma. HC nº 94.173/BA, voto do Rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009. DJe-223 div. 26-11-2009 pub. 27-11-2009, EMENT vol. 2384-02 p. 336.

291. O esboço da evolução do instituto, a partir da sua criação pela jurisprudência do STF, foi a seguinte: "Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1967, que autorizou o STF a estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos, acabou por legitimar definitivamente o instituto da reclamação, agora fundamentada em dispositivo constitucional. Com o advento da Carta de 1988, o instituto adquiriu, finalmente, status de competência constitucional (art. 102, I, l). A Constituição consignou, ainda, o cabimento da reclamação perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, f), igualmente destinada à preservação da competência da Corte e à garantia da autoridade das decisões por ela exaradas". BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Rcl. nº 141 primeira/SP, Rel. Min. Rocha Lagoa, j. em 25/01/1952. DJ 17-04-1952 p. 3549 Ement. vol. 78, p. 1.

292. Este é o entendimento de Luís Felipe Espindola Gouvêa: "Em conclusão, podemos afirmar que, pelo fato do novo Código de Processo Civil ter inovado quanto às hipóteses de cabimento da reclamação constitucional (especificadas no item 1), acabou por violar o regime de competências taxativamente conferidas pela Constituição Federal ao STF e STJ (item 2), uma vez que os arts. 102, I, 'l', 103-A, § 3º e 105, I, 'f', da CF (LGL\1988\3) limitam o cabimento da reclamação a hipóteses específicas das quais o NCPC desprendeu-se (item 3). Muito embora seja louvável a preocupação no novo Código de Processo Civil em conferir maior efetividade e irradiação aos julgamentos dos

posição não tem prevalecido no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Caberá a reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (a) preservar a competência do tribunal; (b) garantir a autoridade das decisões do tribunal[293]; (c) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante[294] e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (d) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (art. 988)[295,296].

Tribunais superiores, este fim não pode vir em detrimento das regras de Direito Constitucional, notadamente do regime de distribuição de competências. Fosse feita a alteração de regime jurídico de cabimento da reclamação por via de emenda constitucional - preferencialmente direcionada aos artigos 102 e 105 da CF (LGL\1988\3) – não haveria, a princípio, qualquer problema de índole constitucional, ainda que plenamente discutível a conveniência e a oportunidade da adoção do veículo da reclamação enquanto via de acesso amplo aos tribunais superiores" GOUVÊA. Luís Felipe Espindola. A inconstitucionalidade das novas hipóteses de reclamação previstas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, p. 261-262, mar. 2016. DTR\2016\4318.

293. O STF tem advertido ser incabível a reclamação quando o julgado paradigma não possuir efeito vinculante e, quando se tratar de processo subjetivo, o reclamante dele não ter sido parte (BRASIL. STF, Segunda Turma. Rcl. nº 25.243 AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 07/03/2017. DJe-052 div. 16-03-2017 pub. 17-03-2017), assim como na hipótese de não haver identidade material entre a decisão objeto da reclamação e o julgado apontado como paradigma. BRASIL. STF. Primeira Turma. Rcl. nº 11.744 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/03/2017. DJe-077 div. 17-04-2017 pub. 18-04-2017.

294. Mostra-se incabível, por sua vez, na hipótese de haver o descumprimento de súmula editada pelo STF: "As súmulas do Supremo Tribunal Federal que não possuem efeito vinculante não permitem a utilização da via reclamatória, porquanto não há obrigatoriedade de seu acatamento pelos tribunais e juízos. (Rcl 8.217-ED/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 06/03/2013, Rcl 5.082-AgR/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 04/05/2007)". BRASIL. STF, Primeira Turma, Rcl. nº 23.616 AgR/ES, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 21/10/2016, DJe-239 div. 09-11-2016 pub. 10-11-2016.

295. Marcus Vinicius Rios Gonçalves considera a hipótese prevista na letra (d) inconstitucional por criar caso de jurisprudência vinculante sem que haja autorização constitucional. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 845. No entanto, o Ministro Gilmar Mendes, antes da edição do CPC/2015, já compreendia que "a tendência hodierna, portanto, é que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal", para então concluir que "a reclamação constitucional – sua própria evolução o demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão de controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo Tribunal, confirma esse papel renovado da reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, com seus contornos específicos (objeto

O ato do qual se reclama, seja ele administrativo ou judicial, deve ter sido proferido após a decisão que se argumenta haver sido descumprida. O desrespeito à decisão paradigma, por outro lado, deve dar-se ainda que de forma oblíqua[297]. Se o parâmetro tiver sido fixado após a edição do ato reclamado, inexistirá interesse de agir para viabilizar a utilização da reclamação[298].

A reclamação não se caracteriza como substituto de ação rescisória, de recursos ou ações judiciais em geral, assim como meio a possibilitar o exame de mérito de ação originária[299]. Não é possível a utilização da reclamação em tais hipóteses pois não se presta a ter um rápido acesso às instâncias extraordinárias, submetendo-as, de imediato, determinado litígio[300].

Na Justiça do Trabalho é cabível a reclamação quando se busca preservar a competência do tribunal e garantir a autoridade das suas decisões e do precedente firmado em julgamentos de casos repetitivos (Enunciado nº 350 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A previsão no sentido de que cabe a reclamação para assegurar a observância do acórdão proferido em IRDR e IAC (art. 988, IV) mostra-se desnecessária. Tal hipótese está contemplada quando se admite ser viável seu cabimento para garantir a autoridade das decisões do tribunal (art. 988, II)[301]. No entanto,

e parâmetro de controle), mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte". BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Rcl. nº 3.014/SP, voto do Min. Gilmar Mendes, j. em 10/03/2010, DJe-091 div. 20-05-2010 pub. 21-05-2010, EMENT vol. 2402-02 p. 372.

296. Fredie Didier Jr. faz importante análise: "Caso o juiz se omita na aplicação do precedente, deixando de dialogar com o precedente e de exercer o dever de autorreferência, o caso, como visto, é de embargos de declaração e, posteriormente, de apelação (ou de agravo de instrumento, se se tratar de decisão interlocutória agravável, ou de recurso especial ou extraordinário, caso se trate de um acórdão de tribunal de segunda instância, ou de embargos de divergência, na hipótese de se tratar de um acórdão ou STF ou do STJ). Não é caso de reclamação. Não se está aqui a afirmar que haveria preclusão para a reclamação. Não se trata de preclusão, mas de falta de subsunção à hipótese de cabimento da reclamação: não houve inobservância do precedente, justamente por ser omissa a decisão". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 553.

297. BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl. nº 1.987/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 01/10/2003. DJ 21/05/2004 p. 33, EMENT VOL-02152-01 p. 52.

298. BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl. nº 1.723 AgR-QO/CE. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 08/02/2001. DJ 06/04/2001 p. 71, EMENT VOL-02026-03 p. 471; BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl. nº 879/RS. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 28/11/2002, DJ 07/02/2003 p. 24, EMENT vol. 2097-01 p. 179.

299. BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. nº 24.629 AgR/SP. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 07/04/2017. DJe-087 div. 26-04-2017 pub. 27-04-2017.

300. BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. nº 5.494 ED/ES. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04/08/2009. DJe-232 div. 10/12/2009 pub. 11/12/2009, EMENT vol. 2386-01 p. 99.

301. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 486.

o Superior Tribunal de Justiça já veio a aplicar a previsão contida no art. 988, IV, do CPC[302,303].

Instrui-se a reclamação com prova documental, sendo ela dirigida ao presidente do tribunal (art. 988, § 2°), que deve, assim que recebê-la, mandar, sempre que possível, autuá-la e distribuí-la ao relator do processo principal (art. 988, § 3°). A reclamação pode ter como objeto a aplicação indevida de tese jurídica e sua não aplicação aos casos a que elas correspondam (art. 988, § 4°)[304].

O relator, ao despachar a reclamação: *a)* requisita informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias; *b)* se necessário, ordena a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável; *c)* determina a citação do beneficiário da decisão impugnada, que terá prazo de 15 (quinze) dias para apresentar a sua contestação (art. 989).

Seu julgamento cabe ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir (art. 988, § 1°). Tal previsão, no entanto, não se aplica ao Superior Tribunal de Justiça, por conta do comando contido na Resolução n° 3/2016-STJ[305], e ao Supremo Tribunal Federal[306].

302. "De acordo com o art. 988, IV, do CPC/2015, cabe reclamação para garantir a observância de decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em assunção de competência (IAC). É incabível a reclamação do art. 988, IV, do CPC/2015 visando à aplicação, pelos Tribunais de segunda instância, de julgado repetitivo do STJ, exceto se a decisão proferida for inobservada na origem e disser respeito às mesmas partes que compõem a reclamação". BRASIL. STJ. Segunda Seção, AgInt. na Rcl. nº 31.565/DF (2016/0123665-0). Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 08/03/2017. DJe 16/03/2017.

303. "A hipótese prevista no inciso IV do artigo 988 do Código de Processo Civil de 2015 limita-se a garantir a observação de decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em assunção de competência (IAC). A teor do que disciplina o artigo 928 do Código de Processo Civil de 2015, a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas é apenas uma das espécies de julgamento de casos repetitivos, não se confundindo com a decisão proferida em recurso especial repetitivo. A reclamação não se presta como sucedâneo recursal" BRASIL. STJ. Segunda Seção. AgInt. na Rcl. nº 33.871/SC (2017/0083425-7). Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 14/06/2017. DJe 20/06/2017.

304. Alexandre Freitas Câmara exemplifica: "Do mesmo modo, no caso de inobservância de precedente vinculante, originário do julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência (e que pode se dar de três maneiras: pela prolação de decisão contrária ao precedente, pela negativa de vigência do precedente – afirmando-se, por exemplo, que seria caso de uma modulação de efeitos que não havia sido determinada – ou pela sua inadequada aplicação, utilizando-se o precedente como fundamento de decisão de causa distinta, a que não é ele aplicável), será admissível a reclamação como mecanismo de impugnação da decisão judicial. [...] Dito de outro modo, desrespeita-se a eficácia vinculante de um enunciado de súmula vinculante ou de um precedente vinculante tanto nos casos em que não sejam eles aplicados quando deveriam sê-lo, como naqueles casos em que eles não deveriam ser aplicados, mas o são". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 487.

305. O art. 105, I, f, da CF/88 confere ao Tribunal da Cidadania a competência para o processo e julgamento da reclamação cujo objeto seja a preservação da autoridade de suas decisões. Além do mais, termina por afastar a incidência do art. 988, § 1º, do CPC sem que tenha haja expressa declaração de sua inconstitucionalidade, o que é vedado pela Súmula Vinculante nº 10 do STF. Ao

O tribunal, ao examinar a reclamação, deve ater-se à aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo das decisões tidas como paradigmáticas[307]. Julgada procedente, o tribunal cassa a deliberação que exorbite da tese fixada em seu julgado ou determina medida adequada à solução da controvérsia (art. 992)[308]. Portanto, se for reconhecida a usurpação de competência, o ato decisório impugnado é desfeito ou cassado e, dependendo da hipótese, pode haver a avocação dos autos pelo tribunal. No caso de se pretender garantir a autoridade da decisão do tribunal, o ato combatido é cassado ou desfeito, sen-

atribuir-se aos Tribunais de Justiça o desempenho do papel a ele reservado, o STJ termina por incorrer em nítida inconstitucionalidade.

306. O STF, antes da edição do CPC/2015, já apregoava: "O legislador não atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o ônus de fazer aplicar diretamente a cada caso concreto seu entendimento. A Lei 11.418/2006 evita que o Supremo Tribunal Federal seja sobrecarregado por recursos extraordinários fundados em idêntica controvérsia, pois atribuiu aos demais Tribunais a obrigação de os sobrestarem e a possibilidade de realizarem juízo de retratação para adequarem seus acórdãos à orientação de mérito firmada por esta Corte. Apenas na rara hipótese de que algum Tribunal mantenha posição contrária à do Supremo Tribunal Federal, é que caberá a este se pronunciar, em sede de recurso extraordinário, sobre o caso particular idêntico para a cassação ou reforma do acórdão, nos termos do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. A competência é dos Tribunais de origem para a solução dos casos concretos, cabendo-lhes, no exercício deste mister, observar a orientação fixada em sede de repercussão geral. A cassação ou revisão das decisões dos Juízes contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral há de ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária. A atuação do Supremo Tribunal Federal, no ponto, deve ser subsidiária, só se manifesta quando o Tribunal a quo negasse observância ao *leading case* da repercussão geral, ensejando, então, a interposição e a subida de recurso extraordinário para cassação ou revisão do acórdão, conforme previsão legal específica constante do art. 543-B, § 4º, do Código de Processo Civil. Nada autoriza ou aconselha que se substituam as vias recursais ordinária e extraordinária pela reclamação. A novidade processual que corresponde à repercussão geral e seus efeitos não deve desfavorecer as partes, nem permitir a perpetuação de decisão frontalmente contrária ao entendimento vinculante adotado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos o questionamento deve ser remetido ao Tribunal competente para a revisão das decisões do Juízo de primeiro grau a fim de que aquela Corte o aprecie como o recurso cabível, independentemente de considerações sobre sua tempestividade". BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl. nº 10.793/SP. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 13/04/2011. DJe-107 div. 03-06-2011 pub. 06-06-2011, RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392.

307. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl. nº 4.154 AgR/SC. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 19/09/2013. DJe-229 div. 20-11-2013 pub. 21-11-2013.

308. Como observa Alexandre Freitas Câmara: "Perceba-se que, não sendo a reclamação um recurso, não terá ela o efeito de reformar o ato reclamado. O tribunal, ao julgar procedente a reclamação, poderá, no máximo, invalidar o ato impugnado, cassando-o. Além disso, incumbe ao tribunal determinar as medidas que sejam necessárias para preservar sua competência ou garantir a autoridade de suas decisões. Assim, por exemplo, poderá o tribunal determinar que lhe sejam remetidos os autos do processo (para que possa exercer sua competência), ou que seja prolatada nova decisão (respeitando o precedente ou enunciado de súmula vinculante que não tinha sido observado no ato impugnado), ou ainda, determinar que sejam praticados quaisquer outros atos que se revelem necessários para garantir a autoridade de sua decisão, o que mostra ter sido adotado um sistema de *atipicidade* das medidas empregáveis para garantir o cumprimento da decisão tomada no julgamento da reclamação". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 488.

do possível, a depender do caso concreto, haver ordem para que seja prolatada outra decisão[309]. Por conta do contraditório prévio, caberá a condenação do sucumbente ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono do vencedor (art. 85)[310]. É cabível, deste modo, a fixação de honorários advocatícios na reclamação, cumprindo-se os critérios legais (Enunciado nº 661 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Compete ao presidente do tribunal determinar o imediato cumprimento da deliberação proferida na reclamação, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993). Deste modo, sua finalidade é reformar uma decisão divergente da fixada no precedente.

O julgamento da reclamação se dá com o alcance da maioria dos votos. Verificado que o resultado final da votação atingiu, pelo menos, o quórum mínimo, o resultado é proclamado, não havendo necessidade de convocar outros magistrados para o prosseguimento do julgamento[311].

Caso se observe ser hipótese de distinção ou superação da tese jurídica, a reclamação deve ser julgada procedente por ser instrumento hábil à alteração do precedente antes editado[312]. O tribunal pode corrigir o equívoco e realizar

309. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 572.

310. Sobre o tema, o Ministro Roberto Barroso destacou: "Recorde-se que a reclamação constitucional foi originalmente disciplinada pela Lei nº 8.038/1990, a qual não impunha a formação de contraditório prévio à decisão de mérito. Nessa linha, a jurisprudência do STF desenvolveu-se no sentido de que a reclamação, antes de atender a direitos subjetivos, buscava preservar a competência e a autoridade das decisões do STF. Assim, o contraditório, embora possível, não constituía requisito de validade das decisões finais: Rcl 7.904-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; Rcl 449-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; Rcl 3.375-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; Rcl 8.478, Rel. Min. Cármen Lúcia; e Rcl 8.197-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli. Entretanto, o CPC/2015 promoveu uma modificação essencial no procedimento da reclamação, ao instituir o contraditório prévio à decisão final (art. 989, III). Disso decorre o ingresso do beneficiário do ato impugnado efetivamente como parte, com a respectiva obrigatoriedade de se lhe oportunizar a defesa do seu direito. Isto é, a reclamação indiscutivelmente tornou-se uma ação, dotada de um rito próprio. Neste novo cenário, nas reclamações ajuizadas após a entrada em vigor do CPC/2015, a observância do princípio da causalidade impõe a condenação da parte sucumbente ao pagamento dos respectivos honorários. Por outro lado, as mudanças trazidas pelo novo Código não poderiam implicar na modificação do estrito objeto constitucional da reclamação, qual seja, a garantia da autoridade do STF, através da proteção da sua competência e de seus precedentes. É dizer, a lei processual deve conformar-se com a especificidade do procedimento e com a função do órgão que a aplica. Por esta razão, determinei, na linha de outros casos semelhantes, caber ao juízo reclamado o cumprimento deste capítulo decisório" BRASIL. STF. Primeira Turma. AgRg na Rcl. nº 24.417/SP, voto do Min. Rel. Roberto Barroso, j. em 07/03/2017.

311. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 572.

312. Em sentido contrário, por considerar que seria hipótese de improcedência da reclamação: LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 319.

a distinção que deixou de ser feita, haja vista ser a reclamação mecanismo que permite mais facilmente a comparação entre o acórdão paradigma e o que nele se está a atacar[313]. Este é o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal[314].

A decisão proferida em reclamação faz coisa julgada, sendo inviável repropor idêntica ação. A desconstituição do seu resultado só pode ser alcançada por meio de ação rescisória[315], conforme já acentuou o STF[316].

O CPC/2015 – ao não permitir a reclamação quando se pretenda garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinários ou especial repetitivos na hipótese de não terem sido esgotadas as instâncias ordinárias (art. 988, § 5°, II)[317] –, leva à compreensão de que tal instrumento

313. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 557.

314. Em interessante acórdão, o STF definiu o papel da reclamação: "[...] O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação - no "balançar de olhos" entre objeto e parâmetro da reclamação - que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição" (STF, Tribunal Pleno, Rcl. nº 4.374/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18/04/2013, DJe-173 div. 03-09-2013 pub. 04-09-2013).

315. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 537.

316. "Havendo sido julgada improcedente a Reclamação anterior, sem que os Reclamantes, no prazo legal, propusessem a Ação Rescisória, em tese cabível (art. 485, incisos VI e IX, do Código de Processo Civil) e na qual, ademais, nem se prescindiria de produção das provas neles exigidas e aqui não apresentadas, não podem pretender, com alegações dessa ordem, pleitear novo julgamento da mesma Reclamação, em face do obstáculo da coisa julgada". BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl. nº 532 AgR/RJ. Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 01/08/1996, DJ 20-09-1996 p. 34541 EMENT VOL-01842-01 p. 54.

317. Veja-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal: "Em se tratando de reclamação para o STF, a interpretação do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 deve ser fundamentalmente teleológica, e não estritamente literal. O esgotamento da instância ordinária, em tais casos, significa o percurso de todo iter recursal cabível antes do acesso à Suprema Corte. Ou seja, se a decisão reclamada ainda comportar reforma por via de recurso a algum tribunal, inclusive a tribunal superior, não se permitirá acesso à Suprema Corte por via de reclamação" (BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. nº 24.686 ED-AgR/RJ. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 25/10/2016. DJe-074 div. 10-04-2017 pub. 11-04-2017) e "Reclamação contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral na origem. Não cabimento. Ausência de exaurimento das instâncias ordinárias. Artigos 988, § 5º, e 1.030, § 2º, do NCPC. Impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo recursal" (BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. nº 24.323 AgR/BA. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 30/09/2016. DJe-222 div. 18-10-2016 pub. 19-10-2016). O Superior Tribunal de Justiça corrobora esta compreensão:

só é cabível caso restem ultrapassados os meios processuais aptos a viabilizar a proteção do direito[318] por não se mostrar apto a substituir a ação rescisória, os recursos e as ações judiciais em geral[319]. Os tribunais, ao examinarem os recursos porventura cabíveis, devem verificar se houve dissonância entre a aplicação da tese antes firmada e o julgamento do caso concreto[320]. A reclamação não é

"A reclamação não é instrumento hábil para adequar o julgado ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não se prestando como sucedâneo recursal. Não estando caracterizada nenhuma das hipóteses previstas nos artigos 105, inciso I, alínea 'f', da Constituição Federal e 988 do Código de Processo Civil de 2015, a reclamação se apresenta como incabível, sendo desnecessária qualquer manifestação meritória acerca das questões nela aventadas" (BRASIL. STJ. Segunda Seção. AgInt. na Rcl. nº 32.354/SP (2016/0217073-7). Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 09/11/2016. DJe 17/11/2016) e "É incabível a reclamação do art. 988 do CPC/2015 se não houve o esgotamento das vias recursais ordinárias, pois tal medida processual não serve como sucedâneo do recurso cabível. Precedente: AgRg na Rcl 6.572/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 8/6/2016, DJe de 29/6/2016. De acordo com a jurisprudência do STJ, a reclamação não se destina a assegurar a aplicação das decisões proferidas sob o rito dos recursos especiais repetitivos aos casos semelhantes, salvo quando as partes envolvidas forem as mesmas e a decisão do STJ tiver sido desrespeitada na instância de origem. Precedente: AgInt na Rcl 28.688/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe de 29/8/2016". BRASIL. STJ. Primeira Seção. AgInt. na Rcl. nº 32.430/SP (2016/0223316-9). Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 14/12/2016. DJe 19/12/2016.

318. Esta é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça: "Para cabimento da reclamação prevista no art. 988, § 5º, II, do CPC/2015, exige-se o prévio esgotamento de instância, não sendo cabível, pois, seu ajuizamento como sucedâneo de recurso". BRASIL. STJ. Segunda Seção. Rcl. nº 34.769/RJ (2017/0232733-0). Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 13/12/2017. DJe 18/12/2017.

319. BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. nº 23.397AgR/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 06/02/2017. DJe-055 div. 21-03-2017 pub. 22-03-2017. A justificativa para a adoção desta compreensão está bem delineada no seguinte aresto: "A tese jurídica definida por esta Suprema Corte é no sentido de que não cabe reclamação constitucional, com a finalidade de preservar autoridade de decisão, por inobservância de súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal destituída de efeito vinculante ou decisão tomada no âmbito de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, sem o necessário esgotamento das instâncias ordinárias. O acórdão paradigma foi prolatado em processo de índole subjetiva, desprovido de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no qual não figurou como parte o reclamante. Para a aplicação de norma jurídica, resultante de processo interpretativo levado a cabo em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, faz-se necessário o percurso, e esgotamento, das instâncias ordinárias, por meio da sistemática recursal, cuja finalidade é assegurar o controle do erro e acerto da aplicação do direito. O manejo de reclamação, ação constitucional de fundamentação vinculada, é restrito às hipóteses expressamente previstas nos arts. 102, I, "l", e 103-A, § 3º, da Constituição da República, de modo que é incabível a sua utilização como sucedâneo de recurso ou atalho processual". BRASIL. STF, Primeira Turma. Rcl. nº 20.631 AgR/PA. Rel. Min. Rosa Weber, j. em 16/12/2016. DJe-047 div. 10-03-2017 pub. 13-03-2017.

320. Sobre o tema, Juraci Mourão Lopes Filho observa: "É certo, contudo, que o ônus argumentativo para uma diferenciação ou desafio é, como exposto nos itens anteriores, do aplicador, que não pode simplesmente invocar seu livre convencimento para não aplicá-la. Demanda uma complexa exposição hermenêutica, buscando apoio sistêmico em outros componentes da ordem jurídica, a fim de demonstrar a integridade de seu argumento". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.* 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 319.

instrumento processual destinado à prestação jurisdicional que vise aplicar o direito ao caso concreto[321].

Na reclamação em trâmite nos tribunais superiores, que disser respeito às causas repetitivas, serão aplicáveis, por analogia, os procedimentos destinados aos recursos extraordinários e especiais (Enunciado nº 363 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Não há prazo legal para a propositura da relação. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar resolução sobre o seu cabimento, fixou que ela deve ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias a contar da ciência da decisão que se estava a impugnar[322]. Será inadmissível a reclamação quando a decisão reclamada já houver transitado em julgado (art. 988, § 5º, I), pois a reclamação não é o meio adequado para sua desconstituição, com a rescisão do julgado[323,324,325].

321. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl. nº 3.410/SP voto Min. Ellen Gracie, j. em 10/03/2010. DJe-091 div. 20-05-2010 pub. 21-05-2010, EMENT vol. 2402-02 p. 372.

322. O STJ revogou a Resolução/STJ/ 12/2009 que disciplinava a Reclamação que lá fosse processada. Por conta da importância do tema, colaciona-se o seguinte julgado: "O direito protegido pela Reclamação constitucional restringe-se (i) à preservação da competência do Tribunal ou (ii) à garantia da autoridade de suas decisões, como se infere, ainda, do art. 187 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Assim, se proposta com a finalidade de garantir a autoridade de decisão do STJ, o ajuizamento da Reclamação pressupõe a existência de um comando positivo desta Corte, cuja eficácia deva ser assegurada, o que não ocorreu, na espécie. Em face do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE 571.572/BA - que decidiu que, enquanto não criado, por lei federal, um órgão uniformizador da jurisprudência oriunda dos Juizados Especiais Estaduais, o Superior Tribunal de Justiça ficará encarregado da resolução das controvérsias, devendo sua jurisdição ser provocada por meio de Reclamação -, foi editada, no âmbito deste Tribunal, a Resolução 12, de 14/12/2009, que dispunha 'sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte'. Todavia, na forma da jurisprudência do STJ, o trâmite da Reclamação, nesta Corte, proposta com base na Resolução/STJ 12/2009 - revogada pela Emenda Regimental 22, de 16/03/2016, publicada em 18/03/2016 -, deveria preencher certos requisitos objetivos de admissibilidade, isto é, deveria ser oferecida no prazo de quinze dias, contados da ciência, pela parte, da decisão impugnada (art. 1º da Resolução 12/2009), deveria ser demonstrada a contrariedade à jurisprudência consolidada desta Corte, quanto à matéria, entendendo-se por jurisprudência consolidada os precedentes exarados no julgamento de Recursos Especiais em Controvérsias Repetitivas (art. 543-C do CPC/73) ou os enunciados de Súmula da jurisprudência da Corte (Rcl 6.721/MT e 3.812/ES), e a divergência deveria referir-se a regras de direito material, não se admitindo a reclamação que discutisse regras de direito processual (Rcl 6.721/ MT e 3.812/ES) ou que necessitasse de revolvimento probatório para o seu deslinde (Súmula 7/ STJ)". BRASIL. STJ. Primeira Seção, AgInt na Rcl. nº 30.481/SP. Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 23/11/2016. DJe 29/11/2016.

323. BRASIL. STF. Primeira Turma. Rcl. nº 23.003 AgR/RO. Rel. Min. Rosa Weber, j. em 16/12/2016. DJe-047 div. 10-03-2017 pub. 13-03-2017.

324. Este entendimento já estava cristalizado na Súmula nº 734/STF cujo teor é o seguinte: "Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal".

325. Neste sentido: "Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão desta Corte (art. 988, § 5º, I, do CPC/2015" (BRASIL. STF.

No entanto, este instrumento não é prejudicado pela inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado (art. 988, § 6º), tendo como efeito obstar, impedir o trânsito em julgado, sem que haja perda do seu objeto[326].

3.21. A Integração da Atuação Jurisdicional e Administrativa Quanto ao Resultado do Julgamento

Caso o incidente tenha por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento, quanto à tese adotada, será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos à regulação (art. 985, § 2º).

Além do mais, o Poder Público deve ser cientificado quando se tratar de atividade por ele regulada, tal como ocorre, por exemplo, no caso do Sistema Financeiro Nacional, cuja gestão compete ao Conselho Monetário Nacional – CMN. Neste caso, tem-se a aplicação por analogia da previsão legal[327].

Sofia Temer considera, no entanto, que a administração pública direta e indireta não fica vinculada à decisão emanada do IRDR. Os órgãos públicos estão obrigados a se submeterem à decisão quando forem partes de processos judiciais em que haja matéria decidida pelo incidente, ou seja, nos limites dos conflitos subjetivos do qual participe. Mas, se não compuserem a relação processual, deixam de ter vinculação à tese jurídica que for fixada, sendo sua eficácia meramente persuasiva. Nesta última hipótese, a comunicação pode levar à alteração da conduta dos prestadores de serviço público, mas não obriga a obediência direta da tese editada, pelo que, se houver descumprimento, não será cabível a propositura da reclamação, sendo esta uma diferença entre o IRDR e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/1988)[328].

A adequação da atuação administrativa, a partir da comunicação ao órgão público responsável para que aplique a tese adotada, contribui para sua atividade fiscalizatória, eliminando um dos problemas da litigiosidade massiva no

Primeira Turma. Rcl. 24.864 AgR/SP. Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 21/10/2016. DJe-239 div. 09-11-2016 pub. 10-11-2016). De igual modo: BRASIL. STF. Segunda Turma. Rcl. 23.591 AgR/SP. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 28/10/2016. DJe-248 div. 21-11-2016 pub. 22-11-2016.

326. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 539.

327. SÃO PAULO. TJSP. Turma Especial - Privado 2, IRDR nº 2059683-75.2016.8.26, voto do Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em 08/06/2016. DJ 20/06/2016.

328. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 221-222.

Brasil, que diz respeito à falta de diálogo institucional entre os "poderes" e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direito[329].

Logo, a decisão proferida no IRDR vincula o Poder Judiciário e as partes que compõem a relação processual. A administração direta e indireta, caso não integre o incidente, deixa de estar diretamente vinculada ao resultado dele advindo. Neste caso, terá apenas eficácia persuasiva em relação à administração pública e não ao cumprimento direto à tese que foi estabelecida[330].

3.22. A Revisão da Tese Firmada

O tribunal, de ofício, ou por meio de requerimento da Defensoria Pública ou do Ministério Público, poderá fazer a revisão da tese jurídica firmada no incidente (art. 986). Também se mostra possível o pedido de revisão feito pelas partes dos processos em curso perante o tribunal ao qual for proposto o requerimento (Enunciado nº 473 do Fórum Permanente de Processualistas)[331]. Portanto, a tese jurídica não se mostra imutável ou insuperável[332].

Não cabe a propositura de ação rescisória quanto à tese fixada no IRDR. Esta poderá sofrer revisão, de modo que não há de se falar em formação de coisa julgada. No entanto, nas demandas afetadas pela decisão proferida no incidente – a "causa-piloto", os processos sobrestados e as causas futuras –,

329. DIDIER JR., Fredie, op. cit., 2016, p. 603. O autor observa que "essa é uma regra integrante do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, sendo bem relevante, justamente porque 'muitas questões repetitivas dizem respeito à prestação de serviços públicos por empresas concessionárias ou permissionárias, fiscalizados por órgãos governamentais ou agências reguladoras, por exemplo, referentes a contratos bancários, de seguros, telefonia, energia elétrica etc. A comunicação do resultado do julgamento a estes órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta da decisão do IRDR, mas também estimular, se for o caso, mudança nas rotinas de fiscalização ou nas normas administrativas editadas pelo regulador" (p. 602).

330. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 221-222.

331. Vallisney de Souza Oliveira posiciona-se de modo diverso: "O Ministério Público e a Defensoria Pública, por opção legislativa, são ainda legitimados para o pedido de revisão do IRDR, não podendo fazê-lo as partes. Isso porque se trata de matéria que interessa à coletividade e, em homenagem à segurança jurídica, não se pode autorizar alguém que tenha apenas interesses próprios e particulares a modificar a tese firmada pelo tribunal em incidente de resolução, cuja eficácia de certa maneira é *erga omnes* (eficácia contra todos). Também não parece adequado que o juiz ou o relator de uma ação idêntica, ainda que provocado por uma das partes, possa pedir a revisão, por ser órgão imparcial, não lhe sendo autorizado atuar como o fiscal do acerto ou desacerto de decisões do Judiciário. Como integrante desse Poder, falta-lhe amparo legal e constitucional para fazer essa provocação". OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 69-70, abr./jun. 2016.

332. TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 253.

haverá coisa julgada por se referirem à resolução de caso concreto[333], sendo quanto a estas admissível a ação rescisória[334].

O Professor Marcelo Weick, quando da Conferência estadual realizada no dia 11/11/2011, em João Pessoa, no curso do processo legislativo para a edição do CPC/2015, sugeriu que a modificação da orientação jurisprudencial estabelecida no IRDR se desse da mesma forma como ocorre em relação às súmulas vinculantes[335]. No entanto, tal proposta deixou de ser acatada, inexistindo previsão legal de mecanismo próprio para tal alteração.

Como se disse, não há previsão quanto ao rito procedimental a ser adotado para o pedido de revisão ou superação da tese firmada. Por isso, Sofia Temer propõe que deva ser adotado o procedimento aplicável à instauração do IRDR, por meio de um *incidente-revisor*. Neste, devem ser asseguradas todas as garantias previstas para a fixação da tese, em especial no que diz respeito à viabilização de amplo debate e participação dos interessados, do *amicus curiae*, da Defensoria Pública e do Ministério Público. Será ainda exigido que se com-

333. Luiz Guilherme Marinoni corrobora tal posição mas enfatiza: "A decisão do incidente aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, do CPC/2015), vale dizer, impede que os litigantes destes processos voltem a discutir a questão resolvida, de modo que a única dificuldade está em estabelecer o que significa proibir rediscutir questão já decidida. Como é possível chamar a decisão que, ditada no processo de um para os casos de muitos, impede-os de relitigar a questão resolvida, submetendo-os? Percebe-se que a decisão tomada no referido incidente constitui uma nítida proibição de relitigar a questão já decidida, que, nos casos de decisão negativa àqueles que não puderem participar e discutir, assemelha-se a um *inusitado e ilegítimo 'collateral estoppel'*. Assim, na hipótese de decisão tomada em incidente de resolução de demandas repetitivas, há, muito embora não dito, coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos. A coisa julgada está a tornar indiscutível uma questão imprescindível para se chegar ao alcance da resolução dos vários casos pendentes. [...] No caso de resolução de demandas repetitivas, a questão é pinçada dos casos pendentes e submetida à decisão do órgão julgador incumbido do incidente. Significa que se está diante de coisa julgada que afeta terceiros. Para que isso seja legítimo, na medida em que uma decisão não pode prejudicar a quem não pode participar, é indispensável viabilizar a participação do representante adequado dos litigantes excluídos. Na verdade, o incidente de resolução, se bem visto – admitindo a participação do representante adequado -, é uma técnica processual absolutamente atrelada à coisa julgada em benefício de terceiros. Veja-se que tanto aquele que pode ser beneficiado pela coisa julgada, quanto aquele que pode ser excessivamente exposto à necessidade de se defender para não ser prejudicado por decisão que possa produzir coisa julgada em benefício de todos os seus adversários, pode requerer a instauração do incidente: i) para que a questão de todos seja discutida em processo conduzido por representante adequado que efetiva e vigorosamente defenda os direitos; e ii) para que a questão de direito não venha a ser discutida e decidida inúmeras vezes, sempre com a possibilidade de produzir coisa julgada em benefício de terceiros. *De modo que o incidente tem importância para evitar que a coisa julgada em benefício de terceiros possa gerar abusos*". MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19-20.

334. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641.

335. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>.

prove a considerável e necessária alteração social, normativa, cultural, política, etc., a justificar o reexame da questão já decidida[336].

É dispensável a instauração do *incidente-revisor* na hipótese da superação ser incidental ao julgamento de um recurso, remessa necessária ou ação cuja competência do tribunal seja originária. A dispensabilidade é possível quando ocorrer no âmbito do próprio tribunal que fixou a tese objeto de revisão ou superação. Em qualquer caso, entretanto, deve ser assegurada a devida atuação dos sujeitos que seriam chamados a participar de um incidente autônomo[337].

Será possível valer-se de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, § 2º; Enunciado nº 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). O relator, caso inadmita a participação de pessoas, órgãos ou entidades, deve fundamentar sua decisão, bem como justificar a não realização de audiências públicas (Enunciado nº 175 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A alteração da jurisprudência firmada em casos repetitivos, assim como no IAC, exige a adoção de fundamentação adequada e específica, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º)[338].

Luiz Guilherme Marinoni[339], fazendo um paralelo com o direito norte-americano, defende: *i*) o *colateral estoppel* veda a rediscussão da questão já deci-

336. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 255.

337. Ibid., 2016, p. 255.

338. Consta da Exposição de Motivos elaborada pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: "Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. De fato, a alteração do entendimento a respeito de uma tese jurídica ou do sentido de um texto de lei pode levar ao legítimo desejo de que as situações anteriormente decididas, com base no entendimento superado, sejam redecididas à luz da nova compreensão. Isto porque a alteração da jurisprudência, diferentemente da alteração da lei, produz efeitos equivalentes aos *ex tunc*. Desde que, é claro, não haja regra em sentido inverso" Disponível em:<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

339. MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25. O autor explica que: "Interessa lembrar que a proibição de relitigar questão já decidida surgiu no direito inglês e, posteriormente foi bastante desenvolvida no direito estadunidense. Apenas mais tarde foi vista como útil por alguns doutrinadores da Europa continental. O que se chama de *colateral estoppel* no *common law* é, em substância, o que se denomina de coisa julgada sobre questão no *civil law*. Mas a lembrança da origem do instituto é importante para demonstrar que o *colateral estoppel* é um instituto que, antes de tudo, está preocupado em preservar a autoridade da decisão. Poder discutir a questão que está à base do dispositivo da decisão implica poder obscurecer a sua essência, fragilizando-se significativamente a sua autoridade. Contudo, se a proibição de voltar a discutir questão determinante do resultado faz parte da orientação presente há muito no *common law*, só mais recentemente, em meados do século XX, surgiu no Estados Unidos a discussão a respeito da possibilidade de o terceiro – que não participou do processo – poder invocar a proibição da retiligação da questão já

dida; *ii*) o *non-mutual colateral estoppel* autoriza que terceiro argua a proibição de se discutir questão já decidida quando o tema proposto no novo processo seja idêntico e tenha sido decidido por meio de sentença final de mérito, tendo aquele, que pretende proibir a rediscussão, participado de modo adequado do primeiro processo; *iii*) os terceiros sempre poderão propor suas ações, sem que haja qualquer limitação para sua discussão, desde que a decisão antes proferida não os beneficie. Por conta disso, quem não participou do processo, no qual a tese veio a ser firmada, pode ser ouvido em respeito ao devido processo legal, com a rediscussão da questão já decidida, evitando, com isso, ser ele prejudicado.

Caso o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal julguem recurso especial ou extraordinário repetitivos, respectivamente, ou editem enunciado de súmula, devem os demais tribunais revisar os entendimentos antes proferidos em sede de IRDR, IAC e enunciados de súmula que estejam em desconformidade com a tese por aqueles firmada (Enunciado nº 607 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos à eficácia da decisão revisora (Enunciado nº 608 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Assim, o Supremo Tribunal Federal, os tribunais superiores ou os demais tribunais pátrios, quando se tratar de julgamento de casos repetitivos, em sendo hipótese de jurisprudência dominante, poderão alterar a posição antes adotada, utilizando a técnica de modulação dos efeitos para que preservem o interesse social e a segurança jurídica (art. 927, § 3º)[340].

decidida. Antes disso, o *colateral estoppel* só podia ser alegado em ação posterior *entre as mesmas partes* – por qualquer das partes que discutia a questão decidida – e, nesse sentido, falava-se em mutualidade do *estoppel*. O debate acerca da possibilidade de proibir a parte de relitigar decisão diante de outro adversário foi iniciado no célebre caso *Bernhard v. Bank of America National Trust and Savings Association*, decidido pela Suprema Corte da Califórnia no início dos anos 40" e acrescenta "O *non-mutual collateral estoppel* foi pensado inicialmente em perspectiva defensiva e, apenas posteriormente, enquanto *offensive colateral estoppel*".

340. Juraci Mourão Lopes Filho adverte acerca da interpretação a ser dada quanto a modulação dos efeitos por conta da alteração da jurisprudência: "O primeiro ponto diz respeito ao momento a partir do qual se pode efetivar a superação do precedente. Na tradição inglesa, tal modulação corresponde à manutenção do entendimento anterior para o caso em julgamento, mas se anuncia que em novos casos, a serem apreciados pela corte de origem do precedente, haverá a utilização de novo entendimento. Assim, somente para novos casos, a serem julgados pelo próprio tribunal emissor do precedente e da superação, haverá a fixação do novo entendimento. Perceba-se que a superação é realizada no julgamento de uma lide, o novo entendimento comporá a *ratio decidendi* de um julgamento posterior, a qual, desde já, é anunciada pelo Tribunal. Não há uma projeção vinculante dos efeitos desse anúncio sobre outros processos ainda em tramitação. O *overrruling* só se efetiva quando se proferir julgamento posterior em que o novo entendimento conste em sua *ratio decidendi*, ou seja, em que seja o núcleo hermenêutico para o deslinde de uma demanda. Isso se deve à formação difusa dos precedentes na tradição inglesa. Esse *prospective overrruling* da tradição inglesa não é inteiramente correspondente à modulação de que trata o atual Código de Processo Civil. Além disso, ambos não se confundem com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originalmente criada no controle concentrado de constitucionalidade, e que permite a escolha entre o efeito *ex tunc* ou *ex nunc* ou, ainda, a indicação de outro marco

Frente a tais pressupostos, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva (*prospective overruling*). No entanto, no caso concreto, pode haver modulação quanto ao momento da sua incidência (Enunciado nº 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Mas, se a jurisprudência não se apresentar firme ou coesa, resta inviabilizada a modulação dos efeitos. Franklyn Roger e Diogo Esteves[341] destacam:

> As mudanças sociais que acarretam a obsolescência de um precedente merecem uma especial atenção do Judiciário, uma vez que a edição de uma nova regra pode ocasionar verdadeira insegurança jurídica. O objetivo da modulação prospectiva é, exatamente, prestigiar a confiança do jurisdicionado e a segurança jurídica na sociedade.

Os tribunais deverão editar enunciados de súmula da sua jurisprudência dominante, devendo ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação, e adotar a forma e os pressupostos fixados no seu regimento interno (art. 926, §§ 1º e 2º)[342].

temporal (como, por exemplo, em relação a data de ajuizamento para as ações). Perceba-se a diferença para o *prospective overruling* inglês: na modulação de efeitos há, desde logo, a fixação de um marco temporal ou processual para a decisão já tomada surte efeitos, consistente na determinação de um referencial a partir do qual os efeitos do dispositivo da decisão tomada operarão. No *prospective overruling*, em sua origem, há simplesmente a não aplicação do novo entendimento ao caso em julgamento, não há, necessariamente, desde já a fixação de um marco temporal do novo entendimento, justamente porque ele não compõe a *ratio* do caso julgado. Isso dependerá de quando vai haver o novo julgamento no qual, então, a nova *ratio decidendi* passa a vigorar efetivamente, pois a produção de precedentes é difusa, ou seja, depende de cada julgamento. A modulação de que trata o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil se aproxima da conhecida modulação da declaração de inconstitucionalidade, porque terá imediatos efeitos sobre os instrumentos formais que o mesmo código disponibilizar para fazer valer os precedentes. Com efeito, a reclamação para fazer valer a tese fixada em casos repetitivos, os julgamentos pelo relator e a improcedência liminar do pedido deverão ser operados segundo marco temporal estabelecido na superação. Assim, a nova tese só poderá autorizar esses instrumentos a partir do marco fixado na superação concentrado, até ele será a antiga tese que os orientará. Como a produção dos precedentes é difusa, a superação de jurisprudência dominante de que trata o código deve se aproximar à experiência inglesa do *overrruling*, comportando uma análise particularizada de cada caso para indicação de como a superação garante de maneira mais eficaz a segurança jurídica. Outro ponto importante consiste em que essa modulação não deve ser interpretada como uma mera faculdade discricionária da corte emissora. Ela é um dever cogente, porquanto não é uma mera opção se proteger as legítimas expectativas formadas em razão de uma jurisprudência dominante ou um precedente vinculante". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 320-322.

341. ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 424.

342. Alexandre Freitas Câmara destaca que: "Perceba-se que na súmula da jurisprudência dominante do tribunal não se deve indicar apenas o enunciado, mas também as decisões em que tal matéria foi enfrentada e decidida, o que permite o conhecimento das circunstâncias que levaram à formação daquele entendimento e os fundamentos que lhe servem de base [...], pois estes pronunciamentos, indicados na súmula, são *precedentes*, decisões proferidas em casos anteriores nos quais

A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os utilizaram posteriormente (Enunciado nº 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Nesta hipótese, é possível também utilizar da técnica denominada *signaling*[343], por meio da qual "os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com eventual superação ou criação de exceções ao precedente para casos futuros" (Enunciado nº 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis)[344].

A tese jurídica adotada em casos repetitivos pode, no curso do tempo, vir a ser alterada, evitando-se, com isso, a fossilização do direito por não ser proveitosa à sociedade. Contribui para a mudança de posição as transformações advindas da ciência do direito, da hermenêutica jurídica, das condições sociais, políticas e econômicas vivenciadas no país e no mundo, pois as decisões judiciais não se aplicam em abstrato, mas a situações concretas que integram determinado contexto de realidade[345]. Há também a hipótese em que se observa estar incorreta a tese que veio a ser adotada. Em tais casos, será viável a retificação ou superação da decisão[346].

Outrossim, os órgãos jurisdicionais, dentre os quais o trabalhista, podem afastar a aplicação do precedente vinculante quando houver distinção entre o caso *sub judice* e o paradigma, desde que demonstre, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa (Enunciado nº 326 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

se estabeleceu a fundamentação que justifica a conclusão [...]". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 429.

343. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao tratarem do *signaling* como uma técnica de modulação de efeitos para superação de precedente, destacam-na como: "Há, por outro lado, uma técnica preparatória para revogação de precedentes denominada de *signaling*. Por meio dela, o tribunal, percebendo a desatualização de um precedente, anuncia que poderá modificá-la, fazendo com que ele se torne incapaz de servir como base para a confiança dos jurisdicionados. De acordo com a doutrina, uma das utilidades dessa técnica é a de servir à moldagem da eficácia temporal quando o precedente for efetivamente revogado, atuando como parâmetro inicial da revogação prospectiva". DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 505.

344. Franklyn Roger Alves Silva observa que "o aviso (*signaling*) constitui verdadeiro *obiter dictum* da decisão a medida em que não se presta à solução do caso concreto, mas constitui argumentação direcionada à comunidade jurídica dando notícia da possibilidade de futura alteração daquela regra". SILVA, Franklyn Roger Alves. O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25711/Franklyn_Roger_Alves_Silva.pdf>.

345. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 836.

346. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 254.

A construção de uma interpretação é maturada com o tempo, em especial por conta da diversidade de aspectos surgidos quando se toma por base a realidade social, a qual se mostra rica em elementos que precisam ser valorados para alcançar o melhor resultado em dado momento.

Portanto, mesmo diante de precedentes firmados a partir de decisões divergentes, as quais tenham sido adotadas para sua confecção, tem-se que a alteração da jurisprudência mostra-se salutar quando decorrer da evolução observada no meio social e objetivar a pacificação dos conflitos nela instaurados[347].

3.23. Os Recursos Cabíveis em Face da Tese Firmada

O julgamento de mérito do incidente é passível de ser impugnado por meio de recurso extraordinário ou especial, conforme o caso (art. 987), sendo ainda cabíveis os embargos de declaração (art. 1.022). Tais recursos terão efeito suspensivo automático, presumindo-se, quanto ao extraordinário, a presença do requisito da repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida (art. 987, § 1º)[348].

Ao ser apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica que for adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça tem aplicação em todo o território nacional e incide sobre todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, § 2º).

Os recursos especial e extraordinário são recebidos apenas no efeito devolutivo. Entretanto, quando decorrer do julgamento de mérito do incidente, gozarão de efeito suspensivo (art. 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ). Além do mais, ainda que decorra da existência de um único IRDR, submete-se ao regime dos recursos repetitivos (Enunciado nº 660 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Ao prever que caberá recurso especial ou extraordinário da tese firmada no IRDR, o CPC/2015 busca uniformizar a jurisdição no âmbito nacional, por meio da interpretação da lei federal ou da matéria constitucional por parte do tribunal superior competente. Tais recursos têm o condão de impedir a desnecessária atividade jurisdicional em outros Estados e regiões, assim como

347. Juraci Mourão Lopes Filho, ao tratar da aplicação do precedente, observa: "Não se pode falar, portanto, que a tese jurídica dos casos repetitivos seja unilateralmente firmada pela corte emissora, cabendo aos aplicadores a mera função de 'boca do precedente', pois o processo de construção do Direito não se exaure no incidente ou no julgamento do recurso originário. A cada reinserção da tese em um novo círculo hermenêutico é sempre possível a suscitação de novas questões". LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 319.

348. Fredie Didier Jr. enfatiza: "Trata-se de presunção legal absoluta, não admitindo prova em contrário. Basta, então, ao recorrente simplesmente alegar que se trata de recurso extraordinário em IRDR, o que é suficiente para demonstrar a presença de repercussão geral". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 641.

decisões conflitantes que possam vir a surgir[349]. Antes de sua admissibilidade, a tese firmada está limitada à circunscrição do tribunal que o editou[350].

O legislador processual deixou de consignar que nem toda questão decidida no incidente poderá ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal. Se a questão decorrer de interpretação de lei local, sem que haja incidência de matéria constitucional, é inviável a provocação da jurisdição dos referidos tribunais superiores.

O *amicus curiae* tem legitimidade ativa para recorrer do julgamento de mérito dos recursos repetitivos, dentre os quais o IRDR, por meio da interposição de recursos especial ou extraordinário (art. 138, § 3°; Enunciado n° 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Em tal hipótese, as partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do amigo da corte (Enunciado n° 392 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Há corrente doutrinaria que defende a viabilidade dos recursos excepcionais somente quando a "causa-piloto" vier a ser decidida. Se o incidente se limitar à fixação da tese jurídica, os recursos especial e extraordinário não poderiam ser admitidos ante a ausência do julgamento da causa. Tal entendimento decorre de uma compreensão restritiva do enunciado da Súmula n° 513 do Supremo Tribunal Federal[351], cuja edição data de 03/12/1969.

Sofia Temer destaca, entretanto, que houve significativas alterações no conceito de direito, de jurisdição e das eficácias das decisões judiciais desde a publicação do referido verbete. Neste contexto, propõe sua revisão[352], na medida em que as decisões que são prolatadas no incidente de inconstitucionalidade, incidente de uniformização de jurisprudência, de repercussão geral, de recursos repetitivos e do IRDR não pretendem solucionar um caso concreto, mas terminam por ir além ao fixar uma tese jurídica.

Tanto assim que no IRDR não se admite a desistência do recurso ou da "causa-piloto" (art. 976, § 1°; art. 998, parágrafo único), pelo que se faz necessário distinguir os recursos de natureza extraordinária, que decidem o IRDR, das demais hipóteses. Deixar de conhecer o recurso especial ou extraordinário em tal hipótese ocasiona o atraso quanto à uniformização da questão controvertida no âmbito nacional. Como consequência, deixa de ocorrer a suspenção

349. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 249.

350. Ibid., 2016, p. 236.

351. O teor da súmula é o seguinte: "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito".

352. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas.* Salvador: JusPodivm, 2016, p. 236-242. As razões são as seguintes: "A jurisdição, antes compreendida como atividade de aplicação da lei ao caso concreto para resolução de um conflito subjetivo, vem abandonando essa feição há décadas, e hoje assume espaços muito mais amplos, sobretudo no que diz respeito à eficácia das decisões judiciais, as quais se revestem cada vez mais de força normativa".

do sobrestamento dos processos sobre o tema que estão a tramitar por todo o país[353]. Este fato é por demais inconveniente, em especial quando se pretende uniformizar a prestação jurisdicional com a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios.

A admissão do recurso especial ou extraordinário faz com que os processos individuais e coletivos, que versem sobre a questão recorrida, sejam suspensos, com a intimação dos interessados quanto à paralisação de suas demandas individuais. As pessoas afetadas com a suspensão podem, por sua vez, demonstrando que se trata de questão diversa da decidida nos recursos repetitivos, no que se inclui o IRDR, requerer ao juiz ou tribunal onde tramitem seus processos, que se lhe dê prosseguimento (art. 1.037, §§ 9° e 10). Sobre tal pedido, a outra parte é ouvida, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 1.037, § 11) (Enunciados n°s 348 e 481 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A questão levada ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal será decidida em sede de recurso repetitivo. Caso haja o descumprimento da decisão lá proferida, cabe reclamação dirigida ao tribunal superior objetivando garantir a autoridade da decisão do tribunal (art. 988, II)[354].

4. O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC

4.1. Os Requisitos de Admissibilidade

O incidente de assunção de competência será admissível quando o julgamento de recurso, remessa necessária ou de processo de competência originária disser respeito a relevante questão de direito, que tenha grande repercussão social, mas não possua repetição em múltiplos processos (art. 947)[355,356].

353. Ibid., 2016, p. 242-245.

354. A compreensão do STJ é no sentido de que "o objeto da reclamação fundada no artigo 105, inciso I, alínea 'f', da Constituição Federal e no artigo 988, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 deve se limitar à eventual afronta direta à decisão proferida por esta Corte em um caso concreto". BRASIL. STJ, Segunda Seção, RCD na Rcl nº 32.264/SP (2016/0206981-4), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 09/11/2016, DJe 17/11/2016.

355. Fredie Didier Jr. lembra que independente de haver ofensa a isonomia ou a segurança jurídica, será possível instaurar a assunção de competência quando for conveniente prevenir possível divergência futura. O autor menciona alguns exemplos em que será cabível o IAC: "a) discussão sobre se há ou não direito de alguém a ser reconhecido como pertencente a um 'terceiro gênero' (nem feminino nem masculino); b) saber se uma associação pode ou não celebrar uma convenção processual coletiva; c) saber se é possível a dupla curatela de um interdito; d) discussão sobre a interpretação extensiva de determinado rol legal taxativo etc.". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 630.

356. Neste sentido o Tribunal de Justiça de Pernambuco já decidiu: "Sendo relevante a questão de direito a respeito da qual seja conveniente a composição de divergência entre câmaras deste Tri-

A instauração do IAC depende da admissibilidade de algum desses mecanismos processuais que tenha sido endereçado ao tribunal. Se o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária for inadmitido, resta prejudicado o exame do incidente[357].

Mas, se for admitido, desloca-se a competência para o julgamento do tema e não apenas de uma questão de direito referente ao caso. Caberá a outro órgão do tribunal decidi-lo, oportunidade em que, de modo detido, analisa a questão de direito, particularizando os fundamentos sobre esse elemento. O tribunal não pode se limitar a dar ou negar provimento ao recurso ou remessa necessária, ou julgar procedente ou improcedente a ação originária, limitando-se de modo claro à questão de direito que ensejou o exame do incidente[358].

A diferença entre o IAC e o IRDR é por ser aquele viável para o julgamento de caso que contém questão com grande repercussão social e este para a decisão de uma questão de direito presente em diversas demandas[359].

Fredie Didier Jr.[360] considera que o IAC é uma reformulação do incidente de uniformização de jurisprudência. No entanto, há quem entenda de modo diverso[361,362].

bunal, é o caso de se admitir o Incidente de Assunção de Competência, nos termos do art. 947, §4º, do CPC/15, vez que as Câmaras Cíveis deste Tribunal estão decidindo de forma divergente. A divergência reside em saber se a partilha de bens do casal após efetivado o divórcio deve tramitar perante a vara cível ou perante a vara de família que decretou o divórcio. Necessidade de composição da divergência.- Incidente acolhido". PERNAMBUCO. TJPE. Corte Especial, IAC nº 439037-0. Rel. Des. Evandro Sérgio Netto de Magalhães Melo, j. em 15/08/2016. DJ 29/08/2016.

357. BRASIL. STJ. Quarta Turma. AgInt. no REsp. nº 1.403.521/SP (2013/0299837-0), voto da Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 07/02/2017. DJe 16/02/2017.

358. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, out. 2016, p. 235.

359. Ibid., 2016, p. 233-234.

360. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 201, p. 655.

361. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais observou que, sob a vigência do CPC/1973, existia o Incidente de Uniformização de Jurisprudência, o qual se destinava a fixar tese jurídica a ser aplicável aos futuros julgamentos de demandas repetitivas que gerassem controvérsia entre órgãos fracionários do tribunal. Por sua vez, o Incidente de Assunção de Competência, previsto no CPC/2015, visa o julgamento da demanda e pressupõe a inexistência de multiplicidade de processos relacionados à matéria. Deste modo, os institutos mostram-se incompatíveis entre si, pelo que inviável a conversão de um Incidente de Uniformização de Jurisprudência que esteja em trâmite perante tribunal em Incidente de Assunção de Competência. Num comparativo, aquele instrumento tem mais compatibilidade com o IRDR, pois ambos se destinam a dar tratamento de demandas consideradas repetitivas, discutindo a mesma questão de direito MINAS GERAIS. TJMG. 2ª Câmara Unif. Jurisp. Cível, IAC-Cov. nº 10024133531293004. Rel. Des. Cabral da Silva. DJ 26/08/2016.

362. O Enunciado nº 655 do FPPC prevê: "Desde que presentes os requisitos de cabimento, os incidentes de uniformização de jurisprudência pendentes de julgamento na vigência do CPC/2015 deverão ser processados conforme as regras do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, especialmente atinentes ao contraditório". Assim sendo,

O IAC compõe, junto com os julgamentos de casos repetitivos, o microssistema de formação dos precedentes obrigatórios, que exigem a ampliação da cognição e da publicidade, de forma que as normas a eles referentes comunicam-se, assegurando unidade e coerência. No entanto, este incidente não faz parte do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, haja vista não haver múltiplos processos repetidos[363].

O instituto, portanto, possui características singulares por se destinar a examinar questão complexa, de alta indagação ou grande relevância[364], sendo elas de direito material ou processual[365] (Enunciado nº 600 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Cabe a instauração do incidente quanto aos processos de natureza penal, por aplicação analógica do art. 3º, do CPP, como forma de unificar o posicionamento do tribunal em matéria penal e processual penal, evitando decisões conflitantes e a lentidão na análise dos processos criminais[366].

A "grande repercussão social", pressuposto para a instauração do incidente de assunção de competência, abrange, dentre outras, repercussão jurídica, econômica ou política (Enunciado nº 469 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), assim como de cunho religioso ou cultural. Apresenta-se como

percebe-se que, ao ser editado este enunciado, considerou-se que aqueles podem ser convertidos em IRDR ou IAC.

363. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 658-659.

364. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

365. O Superior Tribunal de Justiça admitiu um IAC para debater questão processual concernente a ação de execução fiscal, senão vejamos: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO FISCAL DE VALOR IGUAL OU INFERIOR A 50 OTN. ART. 34 DA LEI 6.830/80. CABIMENTO DO *WRIT*. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. SUBMISSÃO DO TEMA AO RITO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC. 1. A matéria controvertida consiste em saber se é cabível a impetração do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue a execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80. 2. Presença de relevante questão de direito, com grande repercussão social. Julgados divergentes no âmbito da Primeira Seção. 2. Afetação ao rito do incidente de assunção de competência previsto no artigo 947 do CPC/2015. Acolhimento". BRASIL. STJ, Primeira Seção, IAC no RMS nº 54.712/SP (2017/0176268-0). Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 11/10/2017. DJe 20/10/2017.

366. A Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Espirito Santo (Apelação nº 0001838-63.2008.8.08.0045, Rel. Des. Ney Batista Coutinho, j. em 22/06/2016, DJ 01/07/2016) acolheu questão de ordem no sentido de submeter ao plenário do tribunal matéria de natureza penal, com a instauração de incidente de assunção de competência. No mesmo sentido considerou o Tribunal de Justiça do Acre: "É possível a instauração de IRDR para resolver questão repetitiva de direito penal. Aplicação subsidiária dos arts. 976 e ss. do Código de Processo Civil de 2015, a teor do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal. Doutrina e jurisprudência". ACRE. TJAC. Tribunal Pleno, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 1000892-29.2016.8.01.0000. Rel. Des. Laudivon Nogueira, j. em 28/09/2016. DJ 101/10/2016.

uma relevante questão de direito para a sociedade, com impacto na vida social, não significando, por outro lado, relevância técnico-processual, cuja incidência se dá sobre outros casos repetitivos ou processos que tratam de direitos coletivos ou difusos[367].

O incidente de assunção de competência é viável quando houver matéria controvertida no tribunal, sem que possa ser objeto do IRDR ou do julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivos, e da qual há divergência entre órgãos fracionários (câmara ou turma) do tribunal[368]. Tal dissonância interpretativa deve ser evitada por conta do papel que incumbe ao tribunal de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926, *caput*).

Portanto, só será cabível o IAC quando não for hipótese de frequente[369] multiplicidade de processos em que se repita a mesma questão jurídica (Enunciado nº 334 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Não há previsão legal de sobrestamento das ações que tratem do mesmo tema[370]. No entanto, o Tribunal de Justiça do Paraná já considerou ser necessária a suspensão de causa até que ocorra o julgamento do processo paradigma[371], sendo tal medida decorrente da necessidade de se conferir uniformidade ao sistema dos precedentes, o qual pretende fixar entendimento a ser aplicado aos demais casos em que se debate a mesma questão jurídica.

367. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo vol. 260, Out/2016, p. 234.

368. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 839.

369. Neste sentido consideram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: "A questão objeto desse incidente, portanto, deveria ser isolada, sem efetiva condição de repetir-se em diversos outros processos. Isso porque, em havendo essa repetição, seria caso de instaurar-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem como pressuposto essencial exatamente a efetiva repetição da questão em várias demandas. Todavia, a leitura do art. 947, §4º mostra que esse requisito é mais aparente do que real. Isso porque é admissível o incidente de assunção de competência também quando já exista divergência entre câmaras ou turmas sobre a interpretação de questão de direito, cuja composição mereça ser realizada. Ora, se já existe a divergência, é porque a questão de direito já se repetiu. Logo, é evidente que os dois incidentes - de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas - tem um claro espaço de sobreposição. [...] o incidente de assunção deve ser evitado para situações em que a efetiva repetição da questão de direito seja frequente, massiva, no sentido de se repetir constantemente no cotidiano do tribunal. Havendo essa repetição frequente, é caso de usar-se do outro instrumento, o incidente de resolução de demandas repetitivas." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, v. 02, p. 568.

370. PARANÁ. TJPR. 5ª Câmara Cível, ED na AC nº 1472712-3/03. Rel. Des. Leonel Cunha, j. em 18/04/2017. DJ 2024 de 10/05/2017.

371. Eis o teor da ementa: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANÁLISE PREJUDICADA. JULGAMENTO SUSPENSO ATÉ JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL 1.441.823-8. INTELIGÊNCIA ART. 947 DO NOVO CPC" (PARANÁ. TJPR. 18ª Câmara Cível, AC nº 1442335-7, Rel. Des. Telêmaco Borba, j. em 15/06/2016, DJ 1848 de 25/07/2016).

O legislador processual prevê dois instrumentos complementares, sendo um aplicável quando houver inúmeras demandas sobre uma mesma questão de direito e outro na hipótese de não ser o caso de massificação de ações.

Em havendo evidente repercussão social, seja pela multiplicidade de ações, seja pela incidência do resultado a ser decidido em significativo número de pessoas, deve-se buscar a uniformização da questão, resultando numa mesma resposta à problemática. Evita-se, com isso, insegurança jurídica, ante a prolação de decisões que venham a ser conflitantes entre si. Contudo, a interposição de embargos de declaração, sob o argumento de que a decisão impugnada está omissa, não viabiliza a instauração do IAC por ser matéria estranha a tal espécie recursal[372].

4.2. A Competência

É cabível a declinação da competência, em favor do órgão julgador que irá julgar o IAC, quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente dirimir potencial ou efetiva divergência jurisprudencial entre órgãos fracionários do tribunal (câmaras ou turmas) (art. 947, § 4º). Com isso, a questão controvertida tem tratamento uniforme, garantindo segurança jurídica aos provimentos do tribunal (art. 34, XVIII, "a" e "b", do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ).

Compete ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal Superior Eleitoral, ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal Militar, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e aos Tribunais Regionais do Trabalho o processo e o julgamento do IAC instaurados no âmbito de sua competência (Enunciado nº 468 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), observados os dispositivos legais e os constantes da Resolução nº 235, de 13/07/2016, editada pelo Conselho Nacional de Justiça.

A lei processual civil é aplicável de modo supletivo e subsidiário ao processo do trabalho (art. 15, do CPC/2015), pelo que é adotado o IAC na esfera da Justiça laboral (Enunciado nº 335 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Compete ao órgão, e não ao relator do IAC, deliberar sobre a presença dos requisitos de admissibilidade. A rejeição do IAC somente pode ocorrer se o colegiado rejeitar seu processamento, não cabendo ao relator fazê-lo monocraticamente.

O órgão colegiado é o indicado pelo regimento interno do tribunal com competência para uniformizar sua jurisprudência (art. 978; Enunciado nº 202 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), podendo ser o plenário, órgão especial, seção, grupo de câmaras por terem composição mais ampla que a do

372. PARANÁ. TJPR. 9ª Câmara Cível, ED na AC nº 1459828-8/02. Rel. Des. Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso, j. em 15/09/2016. DJ 1901 de 11/10/2016.

órgão originalmente competente para o julgamento do processo[373]. Tal órgão igualmente julgará o IRDR ou, pelo menos, atende aos mesmos requisitos para sua definição[374].

Fredie Didier Jr.[375] defende que o relator do IAC haveria de ser o mesmo para o qual o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária for originalmente distribuído. Assim, mesmo que ele não componha o órgão para o qual a demanda for deslocada, conservaria a condição de relator, ante a ocorrência da prevenção por ter sido quem primeiro nele proferiu decisão (art. 1.037, § 3).

Contudo, tal entendimento poderá dar ensejo a uma inconstitucionalidade caso a competência para dirimir o incidente recaia sobre o órgão especial, o qual tem sua composição formada pela metade dos membros mais antigos do tribunal e a outra metade dentre os eleitos pelo tribunal pleno (art. 93, XI, CF/1988). Por não ser possível ampliar os integrantes do órgão especial e, por consequência, conferir assento a quem não cumpra os parâmetros constitucionalmente estabelecidos, resta inviável adotar o critério da prevenção.

Por sua vez, tal interpretação ainda incide em inconstitucionalidade por interferir na autonomia conferida aos tribunais, a quem compete privativamente elaborar seus regimentos internos, definindo quem compõe cada um dos órgãos julgadores (art. 96, I, CF/1988).

É certo que os regimentos internos dos tribunais hão de se ater às normas processuais. Contudo, o funcionamento dos tribunais é matéria a ser disciplinada unicamente por meio dos seus regimentos internos, cabendo à lei dispor sobre matéria de natureza processual. Deste modo, compete aos tribunais, por meio de norma regimental, estabelecer seus órgãos julgadores e respectivas composições, respeitadas as exigências decorrentes da aplicação das normas processuais. Isso não importa dizer que o regimento interno se subordina à lei. Ambos os atos normativos tem *status* de lei e campo de atuação distinto, coexistindo harmonicamente por possuírem igual hierarquia, não havendo sobreposição de um frente ao outro[376].

373. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 667.

374. Ibid., 2016, p. 631.

375. Ibid., 2016, p. 668.

376. O Supremo Tribunal Federal, em elucidativo acórdão, já teve oportunidade de examinar a matéria: "... Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raias por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto.

Caso a lei ou regimento interno ultrapasse seu âmbito de competência, será aplicado aquele que está constitucionalmente legitimado, ou seja, será válido o ato normativo que tirar sua força de validade da Constituição Federal, sendo o outro tido por incompatível e, portanto, inconstitucional. O Supremo Tribunal Federal[377], ao adotar este entendimento, consignou:

> Assim como o legislador não pode se imiscuir em matéria reservada ao regimento interno dos tribunais, a esses é vedado desbordar de seus poderes normativos e dispor sobre matéria de competência privativa da União (art. 22, I, CF), sob pena de inconstitucionalidade formal.

Portanto, há de ser conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 1.037, § 3°, no sentido de que, quando o relator originário não integra o órgão competente para o processo e julgamento do IRDR e do IAC, deve haver nova distribuição dentre aqueles que o componham, preservando-se a autonomia do tribunal em fixar, por meio do seu regimento interno, a forma de seu funcionamento e, por consequência, a composição dos seus órgãos julgadores (art. 96, I, CF/1988).

A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos pode ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que tenham aptidão para contribuir quanto à rediscussão da tese (Enunciado n° 461 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

4.3. O Procedimento

Ocorrendo a hipótese de Assunção de Competência, o relator propõe, de ofício[378] ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência

A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua conseqüente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou- se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a." BRASIL. STF. Tribunal Pleno, ADI nº 1.105 MC/DF. Rel. Min. Paulo Brossard, j. em 03/08/1994. DJ 27-04-2001 p. 57, EMENT VOL-02028-02 p. 208.

377. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. HC nº 125.768/SP. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 24/06/2015. DJe-194 div. 28-09-2015 pub. 29-09-2015.

378. BRASIL. STJ. Segunda Seção, IAC no REsp. nº 1.604.412/SC (2016/0125154-1). Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 08/02/2017. DJe 13/02/2017.

originária seja julgado pelo órgão colegiado indicado pelo regimento (art. 947, § 1°).

O Ministério Público é parte legítima para requerer a instauração do IAC, assim como obrigatoriamente deve ser intimado para dele participar na condição de fiscal da ordem jurídica (Enunciado n° 467 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O relator do recurso, remessa necessária ou ação originária não pode monocraticamente admitir o incidente, deslocando a competência para o julgamento da causa do órgão originário para outro órgão julgador. A deliberação, acerca da admissão do incidente suscitado, é do colegiado inicialmente competente para o exame da causa. O requerente do incidente tem de demonstrar adequadamente a grande repercussão social[379].

O incidente será instaurado quando seu órgão colegiado, por maioria ou unanimidade de votos, considerar presentes os requisitos de admissibilidade.

Adota-se ao IAC o mesmo rito procedimental aplicável ao IRDR (Enunciado n° 201 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), ou seja, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Estas, no prazo comum de 15 (quinze) dias, podem requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público[380], no mesmo prazo. Para instruir o incidente, pode ser designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente (art. 983).

Deste modo, possibilita-se a ampliação do contraditório, com a participação de pessoas e entidades com representatividade adequada (art. 138), as quais fornecerão elementos para a elaboração de uma decisão com maior legitimidade, hipótese em que podem vir a surtir os efeitos vinculantes para os demais casos com idêntico objeto.

No julgamento do incidente, observar-se-á a seguinte ordem: i) o relator faz a exposição do objeto do incidente, ii) podem sustentar suas razões, sucessivamente o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de 30 (trinta) minutos. Os demais interessados apresentam suas razões,

379. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, out. 2016, p. 236.

380. Fredie Didier Jr. faz constar: "Embora o incidente de assunção de competência também seja um procedimento de formação concentrada de precedente obrigatório, o legislador silenciou sobre a necessidade de participação do Ministério Público. Esse silêncio deve ser suprido por uma interpretação *microssistemática*: a participação do Ministério Público é obrigatória no incidente de assunção de competência, pois essa é a (correta) opção do microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios brasileiro". DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 661

também pelo prazo de 30 (trinta) minutos, os quais serão divididos entre todos estes. Exige-se suas inscrições com, pelo menos, 2 (dois) dias de antecedência. Considerando o número de inscritos, o prazo poderá ser ampliado. O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam eles favoráveis ou contrários (art. 984).

Caso seja reconhecido o "interesse público na assunção de competência", o órgão colegiado julgará, além do incidente, o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária (art. 947, § 2°).

O "interesse público" e a "grande repercussão social", em verdade, devem ser compreendidos como elementos equiparados tanto para o deslocamento da competência como para o juízo de admissibilidade. O órgão inicialmente competente examinará a presença da "grande repercussão social", cabendo ao órgão, para o qual a "causa-piloto" foi encaminhado, apenas considerar que há grande repercussão social e, por consequência, interesse público para o seu julgamento[381].

No mais das vezes, o órgão para o qual a competência é deslocada goza de mais atribuições do que a daquele a quem cabe julgar a "causa-piloto". Ao ser instaurado o IAC, o órgão subsequente também passa a ter competência para o julgamento do caso concreto que originariamente não lhe cabia.

Caberá ao órgão originariamente competente decidir acerca do deslocamento ou não da competência para o exame da causa. Se o juízo for negativo, nenhum outro órgão do tribunal pode a ele sobrepor-se, sob pena de restar configurada usurpação de competência. O regimento interno do tribunal, portanto, não pode prever o cabimento de recurso de agravo contra a decisão do órgão colegiado inicialmente competente[382].

A procedência do incidente, além de resultar na decisão do processo paradigma, tem como consequência a fixação de uma tese a ser aplicada aos demais processos que versem sobre a matéria decidida. No entanto, caso o IAC seja inadmito, por não estar presente o interesse público, o processo originário é devolvido ao órgão em que estava a tramitar para que lá continue o seu processamento e possa, então, ser submetido a julgamento[383]. Assim, o órgão definido pelo regimento interno do tribunal (art. 947, § 1°, *in fine*), para o qual foi deslocado o IAC, não fica vinculado à decisão do órgão que era originariamente competente para decidir a "causa-piloto"[384].

Julgado o IAC, lavra-se um acórdão, no qual constará a tese jurídica que será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e estejam a tramitar na área de jurisdição do respec-

381. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, p. 237-238, out. 2016.

382. Ibid., 2016, p. 237.

383. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 453-454.

384. MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit., 2016, p. 236-237.

tivo tribunal, inclusive nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (Enunciado nº 472 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O acórdão proferido pelo tribunal é recorrível. Dele serão cabíveis embargos de declaração (art. 1.022). Se o *decisum* emanar do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal, poderá ainda ser interposto recurso especial ou extraordinário. Se for prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça será viável recurso extraordinário. Se decorrer de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, podem ser interpostos apenas embargos de declaração. Mas, caso tenha sido proferido por Tribunal Regional do Trabalho, caberá recurso de revista ou recurso ordinário dirigido ao Tribunal Superior do Trabalho. E, por fim, se advier do Tribunal Superior do Trabalho será a hipótese de interpor recurso extraordinário. Tais recursos serão viáveis caso estejam presentes seus pressupostos de admissibilidade[385].

No Superior Tribunal de Justiça, é atribuição do relator, após a distribuição do processo, decidir monocraticamente no sentido de dar ou negar provimento a recurso quando já houver, em momento anterior, sido firmado entendimento em IAC. Atribui-se a um dos ministros do tribunal - e não a um dos seus órgãos colegiados -, ao qual o recurso for distribuído, decidir acerca da aplicação da tese firmada em precedente anterior, podendo ele reformar ou manter a decisão recorrida (art. 34, XVIII, "a" e "b", do Regimento Interno do STJ - RISTJ).

O julgamento do incidente de assunção de competência viabiliza a interposição de recurso extraordinário ou especial, circunstância em que se presume a repercussão geral da questão constitucional eventualmente discutida[386]. Tais recursos, no entanto, não terão efeito suspensivo. Caso qualquer destes recursos tenha seu mérito analisado, a tese jurídica nele formulada será aplicável aos processos em trâmite no território nacional, sejam eles individuais ou coletivos, que tratem sobre idêntica questão de direito (art. 987, *caput* e §§ 1° e 2°).

4.4. A Força Vinculante

O Código de Processo Civil de 2015 reafirmou sua adesão ao sistema do *civil law*, sem, no entanto, deixar de estabelecer a necessidade de uniformização e estabilização da jurisprudência. Conferiu aos tribunais mecanismos de

385. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 669.

386. Fredie Didier Jr. explica: "O recurso especial ou extraordinário, na assunção de competência, não tem efeito suspensivo automático, por ser regra peculiar ao microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando ao julgamento do incidente de assunção de competência. As demais regras previstas no art. 987 do CPC ajustam-se ao microssistema de formação concreta de precedentes obrigatórios. Estas, aí sim, incidem no caso de assunção de competência. Por essa mesma razão, não se aplica ao incidente de assunção de competência o disposto no § 3º do art. 982 do CPC, não sendo possível haver suspensão nacional de processos que tratem do mesmo tema, já que esta é uma regra direcionada à gestão e julgamento de casos repetitivos, não se aplicando à assunção de competência". Ibid., 2016, p.669.

padronização de seu entendimento, de modo a mantê-lo estável, íntegro e coerente (art. 926).

Dentre as regras trazidas pela legislação processual civil está a de que juízes e tribunais observem a jurisprudência advinda do Incidente de Assunção de Competência (art. 947 e s.), do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 e ss.) e do julgamento de recursos repetitivos.

Portanto, acórdão proferido do julgamento do IRDR e do IAC vincula as decisões exaradas por todos os juízes e órgãos fracionários no âmbito do tribunal que a proferiu[387], exceto se houver revisão de tese (art. 947, § 3°).

Como referido acima, os juízes do trabalho e os tribunais regionais do trabalho estão subordinados às súmulas e às teses por eles editadas em IAC ou em IRDR (Enunciado nº 167 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), assim como estão vinculados aos precedentes e as suas súmulas fixados pelo Tribunal Superior do Trabalho em Incidente de Assunção de Competência quando se tratar de matéria infraconstitucional, relativa ao direito e ao processo do trabalho (Enunciado nº 171 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Tal compreensão é aplicável aos juízes eleitorais e aos tribunais regionais eleitorais quanto às teses firmadas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

No âmbito de um tribunal, caso o julgador adira aos fundamentos do voto-vencedor proferido pelo relator, quando do julgamento do caso paradigma, deve seguir, por coerência, o precedente que construiu, aplicando-o no julgamento de processos subsequentes que tratem da mesma questão antes decidida, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação (Enunciado nº 431 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O julgador que aplica o precedente pode dele divergir. Na decisão que o adota, o magistrado está autorizado a ressalvar seu entendimento pessoal sobre a matéria sem que seu *decisum* seja considerado contraditório (Enunciado nº 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O órgão julgador, ao aplicar o precedente, não necessita enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já analisados quando da formação da decisão paradigma. É necessário apenas demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele que estiver sendo apreciado no incidente de solução concentrada (Enunciado nº 524 do Fórum Permanente de Processualistas Civis e Enunciado 19 do ENFAM).

Cada fundamento determinante adotado na decisão, capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica, induz os efeitos de precedente vinculante (Enunciado nº 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

387. Sobre o tema, Alexandre Freitas Câmara observa: "[...] Deve-se, então, considerar que o incidente de assunção de competência é um dos integrantes de um *microssistema de formação de precedentes vinculantes* (composto, também, pelos julgamentos de casos repetitivos) que se insere no corpo do CPC. Pois a admissão da existência desse microssistema implica a necessidade de que as disposições relativas aos institutos que o compõem sejam invocadas para complementar a regulamentação dos demais institutos que o integram". CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 453.

Com o entendimento firmado no IRDR ou no IAC, caberá ao relator monocraticamente dar provimento ao recurso, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, reformando o entendimento constante do processo para que passe a vigorar aquele advindo do precedente (art. 932, V, "c"). Poderá também negar provimento ao recurso, adequando-o à tese fixada nos referidos incidentes (art. 932, IV, "c"). No entanto, antes de considerar o recurso inviável, deve conceder o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que ele possa sanar o vício ou complemente a documentação exigível (art. 932, parágrafo único)[388].

O relator deverá intimar as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias, caso observe haver ocorrido fato superveniente à decisão recorrida ou exista questão apreciável de ofício que ainda não tenha sido examinada, mas que deva ser considerada no julgamento de recurso ou incidente (art. 933).

Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, essa será imediatamente suspensa para que as partes se manifestem especificamente sobre o ponto (art. 933, § 1°). Contudo, se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências antes referidas e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores (art. 933, § 2°).

A revisão da tese (art. 947, § 3°), com a superação do precedente, exige que se adote procedimento próprio, o qual deverá ser aquele escolhido para sua fixação, proporcionando, tanto quanto possível, a intervenção de interessados, por meio da juntada de prova documental ou a realização de audiências públicas, ouvindo-se em tudo o Ministério Público, assim como, durante o julgamento, deve-se abrir espaço para a sustentação oral (arts. 983 e 984). Deste modo, a superação da tese antes adotada tem como efeito impor, aos demais processos em trâmite, nos juízos a ele vinculados, a revisão do entendimento de forma vinculante.

388. A Primeira Turma do STF, quando do julgamento do Agravo Interno no Recurso Extraordinário com Agravo nº 953.221/SP (j. em 07/06/2016, DJe-164 div. 04-08-2016 pub. 05-08-2016), relatado pelo Ministro Luiz Fux, debateu acerca da interpretação a ser conferida ao art. 932, parágrafo único, do CPC/15. O Ministro Marco Aurélio considerou ser tal previsão inconstitucional, pelo que propôs sua submissão ao Plenário do Tribunal para a análise da sua constitucionalidade sob o argumento de que o dispositivo "dá segunda oportunidade ao recorrente, muito embora possa até ser implementada após o decurso do prazo recursal", o que ofende ao princípio da razoabilidade na medida em que se abre vista do processo quando não foram impugnados os fundamentos da decisão. No entanto, a Turma julgadora, por maioria de votos, rejeitou a proposta. O relator, Ministro Luiz Fux, esclareceu que a *ratio essendi* do dispositivo decorre do fato de que "em alguns tribunais, os relatores, de forma monossilábica e sem nenhuma fundamentação, consideravam inadmissíveis os recursos. Então, eu acho que o mínimo que o cidadão tem o direito de saber é por que ele foi acolhido ou rejeitado. Por essa razão é que a lei estabelece que, antes de tornar o recurso inadmissível, o relator tem que dar oportunidade para ser suprido o defeito". O Ministro Luís Roberto Barroso, examinando a previsão legal, entendeu que "aqui, eu imaginaria 'falta de procuração', 'deixou de assinar' – que era uma questão sempre controvertida. Eu não imaginaria que o juiz devesse mandar à parte suplementar a fundamentação", tendo o Ministro Luix Fux acrescentado: "não teria sentido o relator permitir que o recorrente fizesse um recurso melhor, dar uma outra oportunidade". O Ministro Marco Aurélio então acentuou: "Por isso, entendo que não há razoabilidade, principalmente quando viabiliza o extravasamento do prazo recursal. Não há razoabilidade alguma, quanto a essa situação concreta em que não hajam sido impugnados todos os fundamentos da decisão, em abrir-se vista". Por fim, o Ministro Luís Roberto Barros concluiu: "Estou de acordo. Vulneraria a preclusão, inclusive, Ministro Marco Aurélio".

As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação de teses, assim como sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório, são aplicáveis a todo o microssistema de formação dos precedentes (Enunciado n° 459 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), no que está incluído o Incidente de Assunção de Competência.

Caso o precedente seja contrariado, caberá reclamação dirigida ao tribunal que o firmou, ainda que este não possua competência para julgar o recurso contra a decisão impugnada (Enunciado n° 558 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

5. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR E NO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA - IAC

5.1. O Papel Constitucional e Legal Reservado à Defensoria Pública

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, apresentando-se como expressão e instrumento do regime democrático voltada, fundamentalmente, à orientação jurídica, à promoção dos direitos humanos[389] e à defesa dos direitos individuais e coletivos[390] dos

389. Franklyn Roger Alves Silva (*A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria*) apresenta a evolução legal adotada no Brasil até instituir-se a Defensoria Pública como um dos órgãos responsáveis por promover os direitos humanos, senão vejamos: "É inegável que os direitos humanos são a moda jurídica da atualidade. Apesar de haver certo preconceito da sociedade com a disciplina, especialmente quando ela é aplicada no campo das garantias processuais penais, fato é que o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu muito. Significativo avanço ocorreu na reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), que conferiu natureza de emenda constitucional aos tratados que versassem sobre direitos humanos e fossem incorporados na forma do procedimento lá previsto, cujo principal exemplo é a Convenção de Nova Iorque. Esse processo evolutivo teve continuidade a partir da Emenda Constitucional 80/2014, que conferiu à Defensoria Pública a missão de promover esses direitos em nosso país, na linha do que estatui o princípio previsto no artigo 4º, II da Constituição Federal. O novo paradigma constitucional nos exigiu uma reordenação da classificação das funções institucionais, tornando imperioso o reconhecimento do caráter típico da promoção de direitos humanos, já que sediada no texto constitucional. Mesmo antes da alteração constitucional, o sistema jurídico já conferia vocação institucional à Defensoria Pública, especialmente com o advento da Lei Complementar 132/2009, que deu um caráter mais solidário à instituição. Os artigos 1º e 4º, III e VI da Lei Complementar 80/94 espelham as diretrizes de atuação da Defensoria Pública, na promoção, difusão e conscientização dos direitos humanos, além da atribuição para representar perante quaisquer sistemas internacionais de proteção desses direitos, podendo postular perante seus órgãos. Nesse ponto, inclusive, a LC 80/94 não estabelece a divisão de atribuições no tocante

necessitados e, para tanto, atua em todos os graus da esfera judicial e extrajudicial, sempre de forma integral e gratuita, na forma do inciso LXXIV do art. 5° desta Constituição Federal (art. 134, CF/1988, com redação dada pela EC 80/2014).

Sua importância decorre do fato de ser necessário garantir a dignidade da pessoa humana por meio da aproximação da teoria à realidade, fazendo com que o aplicador do direito adote como premissa o que se passa na prática. Os tribunais precisam perceber as verdadeiras necessidades dos vulneráveis, de modo que se possa "*atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo*", tendo a Defensoria Pública um importante papel nessa construção[391].

Nesta perceptiva é que se observa o tratamento conferido pelo CPC/2015 quanto à participação da Defensoria Pública na constituição de um novo modelo processual, o qual é calcado, dentre outros norteadores, na força dos precedentes vinculantes.

A perspectiva processual abandonou a tônica anterior, cuja atuação era, marcadamente, na seara dos processos de natureza individual, os quais poderiam resultar em provimentos judiciais significativamente distintos em hipóteses que a matéria tratada fosse basicamente a mesma. Agora, busca-se expandir o fortalecimento da decisão judicial, por meio da adoção de um resultado que seja uniforme para todas as causas, sejam elas individuais ou coletivas, conferindo aos seus destinatários uma mesma solução jurídica.

à atuação perante os organismos internacionais. O fato de a República Federativa do Brasil figurar como parte do processo perante o sistema interamericano não significa admitir que a Defensoria Pública da União detenha a atribuição exclusiva para atuar perante o feito, já que as normas que definem as atribuições (artigos 14 e 106 da LC 80/94) são omissas a esse respeito, o que significaria admitir a existência de uma atribuição concorrente de qualquer Defensoria Pública". SILVA, Franklyn Roger Alves. *A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria*. Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria>.

390. A Lei nº 11.448/2007 deu nova redação ao art. 5º, II, da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), passando a prever a Defensoria Pública dentre os legitimados ativos para a propositura da ação civil pública e da ação cautelar dela decorrente. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 3.943/DF (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 07/05/2015, DJe-154 div. 05/08/2015 pub. 06/08/2015), entendeu que ser tal previsão constitucional, pois a Defensoria Pública possui legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *stricto sensu* e difusos, assim como os individuais homogêneos, na medida em que é instituição essencial à função jurisdicional, garantindo ao necessitado o acesso à Justiça. Além do que, não há norma que confira exclusividade ao Ministério Público para ajuizar a ação civil pública, nem haveria prejuízo a esta instituição quando se confere tal prerrogativa à Defensoria Pública. Após este paradigmático julgamento, o STF, em sede de repercussão geral ratificou tal entendimento no sentido de estar "assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas". BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE nº 733.433/MG. Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 04/11/2015. DJe-063 div. 06-04-2016 pub. 07-04-2016.

391. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

Além do mais, passa-se a adotar instrumentos que viabilizem uma maior estabilidade e previsibilidade dos provimentos jurisdicionais, dotando o sistema de maior segurança jurídica.

No que diz respeito à atuação da Defensoria Pública, deve-se considerar, desde logo, que ela possui contornos próprios. Seu elemento distintivo é a atuação em prol do "necessitado", seja no âmbito de ações individuais, coletivas ou no grupo de procedimentos voltados à formação dos precedentes vinculantes.

A atuação da Defensoria Pública em favor do "vulnerável" adota como referência direitos previstos na ordem jurídica interna – Constituição Federal, Constituições Estaduais, Lei Orgânica do Distrito Federal e Territórios, Lei Orgânica municipal, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, etc. –, e na ordem jurídica externa, os quais são expedidos por outros Estados soberanos e por organismos internacionais.

Ademais, a tônica é no sentido de que, a partir dos casos individuais, a Defensoria Pública desempenha o papel protetivo em favor da coletividade. Amélia Soares da Rocha[392] apresenta tal compreensão quando discorre que:

> Raramente se têm conflitos verdadeiramente individuais da pessoa pobre; a maioria é decorrente de situações individuais. Até questões de família, que poderiam ser tidas como individuais, muitas vezes não o são, já que muitos desses conflitos são gerados por violência de gênero, superendividamento, desemprego, drogadição. Por óbvio, tal constatação não é nova. Cappelletti e Gath já advertiam que 'as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais'
>
> [...]
>
> Em outras palavras, enquanto a legitimidade coletiva da Defensoria Pública parte do individual para o coletivo, a do Ministério Público parte do coletivo para o individual em uma complementariedade sistêmica de interesse direto da concretização constitucional. São, portanto, complementares e necessárias e jamais sobrepostas ou excludentes. É uma duplicidade importante de olhares, cada um iluminando um lado da estrada, como dois faróis de um veículo. Nesse sentido, vale lembrar que, de maneira exitosa e republicana, já temos tido casos de atuação coletiva conjunta entre Defensoria Pública e Ministério Público.

A Lei Complementar n° 80/1994 (Estatuto Nacional da Defensoria Pública) prescreve, em seu art. 4°, as funções institucionais da Defensoria Pública[393],

392. Ibid., 2013, p. 70 e 72.

393. O elenco das funções compreende: 1) prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; 2) promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos; 3) promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; prestar atendimento interdisciplinar, por meio de órgãos ou de servidores de suas Carreiras de apoio para o exercício de suas atribuições; 4) exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla

demonstrando a amplitude da sua forma de atuação, que engloba a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos em favor do necessitado[394], mesmo quando exercida contra pessoas jurídicas de direito público (art. 4º, § 2º, da LC nº 80/1994).

Tal visão foi incorporada pelo CPC/2015 ao dispor que tanto a Defensoria Pública como o Ministério Público têm legitimidade para requerer a instauração do IRDR. Resta, assim, reforçado que a atuação defensorial e ministerial são complementares no sistema, conferindo-lhes igual relevância para a formação dos precedentes.

defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; 5) representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; 6) promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; 7) exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da CF/1988; 8) impetrar habeas corpus, mandado de injunção, habeas data e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução; 9) promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela; 10) exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado; 11) acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado; 12) patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; 13) exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei; 14) atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais; 15) atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas; 16) atuar nos Juizados Especiais; 17) participar, quando tiver assento, dos conselhos federais, estaduais e municipais afetos às funções institucionais da Defensoria Pública, respeitadas as atribuições de seus ramos; 18) executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos, destinando-as a fundos geridos pela Defensoria Pública e destinados, exclusivamente, ao aparelhamento da Defensoria Pública e à capacitação profissional de seus membros e servidores; 19) convocar audiências públicas para discutir matérias relacionadas às suas funções institucionais.

394. Por oportuno, convém fazer constar que a atividade desenvolvida pela Defensoria Pública é indelegável, de forma que restando caracterizada hipótese de atuação privativa do órgão defensorial, não se admitirá seu exercício por meio de órgãos públicos que tenham sido instituídos para, paralelamente, desempenhar tal mister. Além do que, também resta vedado compelir o Estado a custear advogado dativo na hipótese de haver Defensor Público apto a exercer seu múnus público. Tal linha de pensamento decorre da prescrição que diz ser privativo do membro de carreira o exercício do cargo de Defensor Público (art. 4º, § 10, da LC 80/1994) e por ser a Defensoria Pública instituição essencial à função jurisdicional do Estado que atua em favor do necessitado (art. 134, *caput*, CF/1988), estando elencado dentre seus princípios institucionais a unidade e a indivisibilidade (art. 134, § 4º, da CF/1988).

De outro lado, tem-se a importância da visão trazida pela Defensoria Pública aos fatos socialmente relevantes, elemento este que possibilita a construção de novas correntes jurisprudenciais, as quais, num primeiro momento, são voltadas aos vulneráveis[395], mas que, com sua atuação na formação dos precedentes, pode ganhar corpo no meio social, com a aplicação em prol da sociedade como um todo.

A compreensão acerca do papel desenvolvido pela Defensoria Pública tem sido sistematicamente revisto numa perspectiva ampliativa, ora por conta da introdução de novos regramentos legais, ora por conta da necessidade de perceber que a expressão constitucional "necessitado" não diz respeito somente àquele tido por hipossuficiente no aspecto econômico[396].

A percepção do papel desempenhado pela Defensoria Pública no Brasil pode começar pela apreensão que lhe foi conferida quando da realização da Conferência Judicial Ibero-americana, ocorrida entre 4 e 6 de março de 2008, a qual foi denominada "Regras de Brasília sobre o Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade"[397,398]. Seu intuito foi conceituar as pessoas em condições de vulnerabilidade como:

395. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013, p. 77.

396. O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que "a pertinência subjetiva da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais está atrelada à interpretação do que consiste a expressão 'necessitados' (art. 134 da CF) por 'insuficiência de recursos' (art. 5º, LXXXIV, da CF). Deve ser conferido ao termo 'necessitados' uma interpretação ampla no campo da ação civil pública para fins de atuação inicial da Defensoria Pública, de modo a incluir, para além do necessitado econômico (em sentido estrito), o necessitado organizacional, ou seja, o indivíduo ou grupo em situação especial de vulnerabilidade existencial. O juízo prévio acerca da coletividade de pessoas necessitadas deve ser feito de forma abstrata, em tese, bastando que possa haver, para a extensão subjetiva da legitimidade, o favorecimento de grupo de indivíduos pertencentes à classe dos hipossuficientes, mesmo que, de forma indireta e eventual, venha a alcançar outros economicamente mais favorecidos". BRASIL. STJ. Terceira Turma, REsp. nº 1.449.416/SC (2014/0089178-5). Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 15/03/2016. DJe 29/03/2016.

397 O primeiro dos objetivos apontados para elaboração do regramento foi para "[...] garantir as condições de acesso efectivo à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação alguma, englobando o conjunto de políticas, medidas, facilidades e apoios que permitam que as referidas pessoas usufruam do pleno gozo dos serviços do sistema judicial". O texto integral pode ser encontrado em espanhol: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e-3ee95d9c1c3f&groupId=10124. Na língua português está disponível: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/0/100%20Regras%20de%20Acesso%20%c3%a0%20Justi%c3%a7a.pdf>.

398 Amélia Soares da Rocha destaca a importância deste marco regulatório pois "a Cumbre Judicial Ibero-americana é uma articulação das instâncias máximas do Poder Judiciário da região ibero-americana. Reúne os Presidentes dos Tribunais e Cortes Supremas de Justiça e dos Conselhos de Magistratura dos países ibero-americanos e tem por um dos objetivos promover o desenvolvimento de políticas que tendem a facilitar o acesso à Justiça. É formado por Andorra, Honduras, Argentina, México, Bolívia, Nicarágua, Brasil, Panamá, Colômbia, Paraguai, Costa Rica, Peru, Cuba, Portugal, Chile, Porto Rico, Equador, República Dominicana, El Salvador, Uruguai, Espanha, Vene-

(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o género e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social e económico.

Faz-se referência a alguns grupos que podem ser identificados como em condição de vulnerabilidade: criança e adolescente, idoso, pessoas com deficiência, mulher vítima de violência doméstica, pessoas privadas de liberdade, usuários de serviços públicos essenciais (saúde, educação, assistência social, transporte público, saneamento básico, assistência jurídica), indígena, consumidor, dentre inúmeros outros[399]. Tiago Fensterseifer[400] avança para destacar:

Até mesmo as *futuras gerações* são consideradas por alguns autores como categoria jurídica detentora de vulnerabilidade, haja vista que os seus interesses (e direitos?) somente podem ser resguardados e reivindicados por terceiros (no caso, a geração presente).

Por outro lado, como bem adverte Amélia Soares da Rocha[401], apresenta-se comum a cumulação de elementos de vulnerabilidade. É possível, por exemplo, observar a necessidade de adoção em prol de quem possui capacidade econômica, mas lhe é imposto um obstáculo ao seu acesso, tal como se dá nos casos de violência de gênero. Desta forma, o elemento econômico é apenas uma das facetas a ser observada, devendo ser considerados outros elementos que, em conjunto ou isoladamente, podem demonstrar a necessidade de atuação por parte da Defensoria Pública.

O somatório de fatores a resultarem na vulnerabilidade de uma pessoa ou grupo social já é compreendida como hipervulneráveis, exigindo-se uma maior proteção jurídica. Neste aspecto, cabe "ao ordenamento jurídico e ao próprio Sistema de Justiça ampliar os mecanismos voltados à proteção de tais pesso-

zuela e Guatemala". ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013, p. 85-86.

399. FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 41-42.

400. ROCHA, Amélia Soares da, op. cit., 2013, p. 42.

401. Ibid., 2013, p. 86.

as"[402]. Contudo, é preciso lembrar a observação feita por Amélia Soares da Rocha[403]:

O propósito, repita-se, não é abrir uma porta e autorizar a atuação indiscriminada da Defensoria Pública; mas, ao contrário, é apenas não ignorar a vastidão de vulnerabilidade existente que, sem a atuação do Estado, através da Defensoria Pública, permanecerá na invisibilidade, mas produzindo injustiças visíveis. Apenas, a bem da efetividade, busca-se não objetivar o que não pode ser objetivado, como se a dimensão da vida humana coubesse em compartimentos hermeticamente fechados.

Logo, a Defensoria Pública não tem a intenção de, ao expandir sua atuação, abranger o papel desempenhado pelo Ministério Público[404]. Cada um deles tem sua função previamente delimitada pela ordem constitucional, a qual estabeleceu sua coexistência, sem que isso importe em sobreposição de atuação ou em relegar uma delas a segundo plano. Os espaços por tais instituições são parcialmente distintos, tendo uma semelhança apenas quando se trata da proteção dos direitos individuais e coletivos, assim como da promoção dos direitos humanos, sendo que a Defensoria Pública só desempenha tal papel quando em favor do vulnerável.

A Lei Orgânica da Defensoria Pública prescreve um rol de atividades desenvolvidas pela Defensoria Pública (art. 4°, da LC n° 80/1994), as quais são meramente exemplificativas. Tais hipóteses dizem respeito a apenas algumas das situações que o legislador, no momento de edição da lei, considerou necessário explicitar.

O Superior Tribunal de Justiça[405] já se posicionou no sentido de entender que tal previsão não é *numerus clausus,* mas rol meramente exemplificativo:

A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do art. 134, *caput*, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que a largas parcelas da população – aos pobres sobretudo – nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos

402. FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52.

403. ROCHA, Amélia Soares da, op. cit., 2013, p. 86.

404. ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública.* 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 423.

405. REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.2011)" (BRASIL. STJ. Segunda Turma. AgInt no REsp. nº 1.573.481/PE (2015/0312195-6). Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 26/04/2016. DJe 27/05/2016.

individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou *status* dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo). Ao se analisar a legitimação *ad causam* da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública referente a interesses e direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, não se há de contar nos dedos o número de sujeitos necessitados concretamente beneficiados. Basta um juízo abstrato, em tese, acerca da extensão subjetiva da prestação jurisdicional, isto é, da sua capacidade de favorecer, mesmo que não exclusivamente, os mais carentes, os hipossuficientes, os desamparados, os hipervulneráveis. 'É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatio ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais'.

Tanto assim que a previsão constitucional é no sentido de lhe competir "a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados". Assim sendo, inúmeras outras hipóteses estão abrangidas pela atuação defensorial, as quais, por vezes, só serão explicitadas no curso do tempo ante o surgimento de uma necessidade social.

Mas, como bem pontuou Amélia Soares da Rocha[406], não se tem uma cláusula aberta para uso indiscriminado, na medida em que o limite da atuação dessa instituição é aquela que abarca a proteção do "necessitado", compreendido enquanto possuidor de uma vulnerabilidade, e somente ele.

Franklyn Roger Alves Silva[407], ao examinar o papel reservado à Defensoria Pública por conta da edição do CPC/2015, adverte ter ocorrido uma nova ampliação da sua forma de atuação, ante as inúmeras novidades daí advindas, reafirmando sua condição de metagarantia do ordenamento jurídico. Contudo, o desempenho desse papel está limitado ante a existência de imensos desafios,

406. ROCHA, Amélia Soares da *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

407. Projeto de tese apresentado ao XII Congresso Nacional de Defensores Públicos, realizado em Curitiba/PR no ano de 2015, com o título "O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência", In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015, tendo com ela obtido a 2ª colocação na disputa. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25711/Franklyn_Roger_Alves_Silva.pdf>.

sendo um deles a compreensão, por parte do Poder Judiciário, quanto à dimensão da sua função institucional..

A Defensoria Pública apresenta inúmeras formas de exercer seu múnus público, destacando-se, dentre outros, o de *Amicus Communitas, Custös Plebis et Vulnerabilis*[408], *conforme adverte* Maurilio Casas Maia[409]:

> A expressão *amicus communitas* foi cunhada pelo jusfilósofo e professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM), Daniel Gerhard. O tema foi ainda publicado em textos em parceria com Edilson Santana (DPU) e Maurilio Maia (DPE/AM) em 2015. O conceito de comunidade surge aqui com perspectiva sociopolítica e filosófica. Assim, falar-se em 'amigo da comunidade' é uma clara opção político-jurídica: a Defensoria Pública não veio para ser (só) amiga da Corte (*amicus curiae*). A vocação defensorial é de 'amiga das comunidades', em uma visão de proximidade e representação de interesses. A ideia é reavivar o conceito de comunidade e seu pluralismo democrático no âmbito da sociedade, sendo a missão defensorial de reforço do referido pluralismo de ideias e de efetivação da *democracia inclusiva*, judicialmente ou não. Por outro lado, o termo '*Amicus' ou 'custös plebis'* foi expressão feliz de Camilo Zufelato (USP) a fim de designar o Estado Defensor por ocasião de suas intervenções judiciais – enquanto *terceiro interveniente*. Aqui, entretanto, a utilização da expressão ganha contornos eminentemente políticos e a analogia com a figura do *Tribuno da Plebe* é necessária. O Tribuno da plebe era magistrado romano – magistrado não judicante, mas com poder de veto –, que era *expressão da república romana*, via de expressão político-jurídica para uma categoria social até então esquecida e marginalizada pelo poder: a plebe. A comparação com a plebe romana não é despropositada: essa categoria é análoga à extensão do universo de excluídos da política, do contexto jurídico-processual e social brasileiro. Assim, tratar a Defensoria Pública enquanto *amicus ou custös plebis* é antes de tudo reconhecer que certas categorias sociais ainda carecem de voz audível no cenário político-jurídico. Dessa forma, o *custös ou amicus plebis* representará interesses dos excluídos e fim de incluí-los no debate democrático. Por fim, eis a figura do *amicus* ou *custös vulnerabilis*. Ou seja, a atuação da Defensoria Pública enquanto protetora dos vulneráveis e seus direitos. A especial vocação da Defensoria Pública para a tutela dos vulneráveis – como registrou o defensor público Arlindo Gonçalves dos Santos Neto: '*A Defensoria Pública é a instituição mais vocacionada a concretizar (ou, ao menos, impulsionar) direitos dos vulneráveis*' –, foi prevista expressamente na Lei Complementar n. 80/1994, com redação pela LC 132/2009 (art. 4º, XI). [...] Por fim, cita-se que todas

408. A partir da edição de 2018, Cassio Scarpinella Bueno (*Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 226 e 742) passou a adotar a compreensão que a Defensoria Pública, ao atuar em processos jurisdicionais individuais e coletivos, pode exercer a função de *custos vulnerabilis*.

409. MAIA, Maurilio Casas. "Expressão e instrumento do regime democrático? 'Communitas', 'Vulnerabilis et Plebis' – Algumas dimensões da missão do Estado defensor". *Empório do Direito*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/expressao-e-instrumento-do-regime-democratico-communitas-vulnerabilis-et-plebis-algumas-dimensoes-da-missao-do-estado-defensor-por-maurilio-casas-maia/>. Acesso em: 12 abr. 2017.

essas atribuições mencionadas se enquadram ainda na figura do 'Defensor Hermes' – expressão cunhada também pelo Jusfilósofo Daniel Gerhard. A Defensoria 'de Hermes' é aquela em que o defensor público viaja entre mundos aparentemente distantes a fim de conduzir (e defender) a mensagem dos necessitados, vulneráveis, da plebe, das comunidades e da sociedade. Nessa senda, relembra-se Marcelo Semer, para quem 'os defensores têm natureza anfíbia, para conjugar o pé no barro com a linguagem da toga'. Então é isso: Um Hermes anfíbio e ainda com asas para transitar entre os 'mundos' conduzindo mensagens democráticas – incomode a quem incomodar. É algo assim ser expressão e instrumento do regime democrático. É preciso convir que a adoção do conceito amplo de 'necessitado' adotado pelo STF na ADI n. 3943 – em especial para a tutela coletiva, tema ali julgado –, está de acordo com o *pluralismo* decorrente do regime democrático e só tem a reforçar a democracia. [...] Longe de esgotar a missão constitucional do Estado Defensor enquanto 'expressão e instrumento do regime democrático', a tutela dos vulneráveis, da plebe e da comunidade, são apenas algumas de múltiplas manifestações democráticas cabíveis em tão calorosa, grandiosa e relevante missão. Assim, *Amicus Communitas, Custös Plebis et Vulnerabilis* são representações e alegorias da missão constitucional da Defensoria Pública meramente exemplificativas, as quais não devem ser, de modo algum, vistas como se fossem as únicas formas de manifestação do atuar defensorial.

Sob tal perspectiva, percebe-se que o caminhar, pelo qual se está a desenhar a atuação da Defensoria Pública, é no sentido de lhe conferir cada vez mais elementos para viabilizar uma atuação em prol do vulnerável, aproximando o contexto normativo à realidade vivenciada.

Em assim atuando, adotam-se elementos concretos para alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais e regionais, e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3°, CF).

5.2. As Formas de Atuação

A Defensoria Pública poderá intervir no IRDR de quatro modos distintos[410]: (1) na condição de representante de uma das partes da "causa-piloto";

410. Sofia Temer discorda desta posição, pois considera que "o tão só fato de ter apartado estes das 'partes' indica que o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão fazê-lo a partir de processos em que não estejam atuando naquela condição", para então concluir que "[...] há a atuação nos atos de *instrução e julgamento*, que, pensamos, *deve ser* exercida pelo Ministério Público nos casos expressos e *pode* ser exercida pela Defensoria Pública, caso esta se enquadre na condição de um dos sujeitos já analisados. Com efeito, a Defensoria poderá atuar no IRDR, além do pedido de instauração (para o qual lhe foi atribuído uma legitimidade específica), desde que seja caracterizada como *sujeito sobrestado*, ou que atue como *amicus curiae*, caso demonstre a existência de interesse institucional para o caso específico". No entanto, consideramos que a posição está parcialmente

(2) em favor de qualquer dos sujeitos sobrestados independentemente de haver atuado na "causa-piloto"[411]; (3) como *amicus curiae* de sujeitos que não se enquadrem nas categorias anteriores; (4) em defesa de suas funções e prerrogativas institucionais. Nas duas primeiras hipóteses,

> [...] a Defensoria Pública poderá atuar em IRDRs [e IACs] em que a questão de direito, apesar de abstratamente considerada, tenha sido (ou possa ser) extraída de demandas em que esteja presente o signo da vulnerabilidade, nas quais, portanto, seria lícita sua atuação.[412].

5.2.1. *A condição de representante de uma das partes da "causa-piloto"*

Na primeira hipótese, poderá requerer a instauração do incidente (art. 977, III) por possuir legitimidade ativa extraordinária, dado que atua em nome próprio na defesa de interesse de terceiros, assim como por poder nele intervir na condição de representante da parte vulnerável em juízo.

A atuação da Defensoria Pública, nas causas em que possuir legitimidade ativa, deve relacionar-se ao papel que constitucionalmente lhe foi conferido, qual seja, a defesa dos interesses dos necessitados, ou ainda, tratar de tema que a eles seja relacionado. Em assim atuando, estar-se-á diante de uma representatividade adequada ou representação adequada[413].

Convém destacar que a instauração do IRDR, a partir de provocação da Defensoria Pública, pode levantar questionamento acerca de sua legitimidade. Sobre o tema, Franklyn Roger Alves Silva[414] traz importante advertência:

> Por versar sobre tema que envolve multiplicidade de demandas, certamente estaremos diante de argumentos limitadores já utilizados no enfrentamento da atuação da instituição na tutela coletiva. Os freios visíveis e invisíveis da

equivocada como se verá adiante. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190.

411. Fredie Didier Jr. reconhece a possibilidade da Defensoria Pública atuar na condição de parte ou na condição institucional sem que seja parte em algum processo repetitivo em que se discuta a questão jurídica a ser examinada pelo tribunal. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil dos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 634.

412. TEMER, Sofia, op. cit., 2016, p. 190.

413. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 633.

414. O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015.

expansão da Defensoria Pública tornam-se frequentes e ainda mais intensos ao longo dos últimos anos, especialmente pelo incômodo causado por sua atuação eficaz. Aluisio Mendes à época da discussão do anteprojeto do novo CPC já advertia que haveria a necessidade de se exigir a pertinência temática da Defensoria Pública para fins de instalação do IRDR. É dizer, a questão de direito deveria estar relacionada à tutela de hipossuficientes, de modo a justificar a atuação da instituição, entendimento este também comungado por Leonardo Carneiro da Cunha. Com o respeito à posição destes estudiosos, parece-nos, especialmente, diante da decisão do STF na ADI n. 3.943, da Emenda Constitucional n. 80/14 e das modificações legislativas operadas pela LC n. 132/09 que a Defensoria Pública assume um novo papel no ordenamento jurídico não podendo limitar-se apenas a assistência jurídica de hipossuficientes no plano individual. Em primeiro lugar, o novo Código de Processo Civil reconhece a nova conformação constitucional da Defensoria Pública, tanto que em seu art. 185 reproduz as funções institucionais de assegurar a orientação jurídica, a defesa dos direitos coletivos e a de promover os direitos humanos. A reafirmação da legitimidade ampla da Defensoria Pública também se extrai do código, especialmente diante da redação do art. 139, X que estabelece como encargo do juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados elencados no CDC e na Lei da Ação Civil Pública para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. A ausência de limitação material e o tratamento equivalente entre a Defensoria Pública e o Ministério Público comprovam que o sistema processual caminha no sentido da maior abrangência da legitimação. A orientação jurídica a ser prestada pela Defensoria Pública por força de mandamento constitucional e legal merece maior amplitude não podendo ser interpretada como simples atividade de consultoria em favor dos usuários do serviço da instituição. O papel da Defensoria Pública é muito maior, cujo percurso transita desde a educação em direitos, assim entendida como um substrato da orientação jurídica e destinada a conscientização da sociedade, de modo que todos compreendam os seus direitos sejam capazes de exercê-los e solucioná-los de forma pacífica, muitas vezes sem a intervenção do Poder Judiciário, como bem aponta Patrícia Kettermann, até o exercício das diversas legitimações extraordinárias conferidas pelo ordenamento jurídico. Há um grande obstáculo a ser superado. Como bem destaca Daniel Lévy, a intenção do legislador em restringir a legitimação ampla do IRDR é a de evitar o desvirtuamento do instituto, o que significa reconhecer apenas às instituições voltadas à observância do interesse público a legitimação para sua instauração. Os direitos fundamentais, a base da República Federativa do Brasil calcada na dignidade da pessoa humana e o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, baseada na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constituem o interesse público primário a ser tutelado pelo Estado. A Defensoria Pública não pretende ocupar o espaço do Ministério Público, mas pelo contrário, o seu papel é de coexistência, diante das funções destinadas pela Constituição e pela legislação que, indiretamente versam sobre interesse público primário, principalmente diante da sua função

institucional de promoção dos direitos humanos, ocupando espaços negligenciados ou não tutelados de forma adequada pelos demais personagens do sistema jurídica. No caso da Defensoria Pública, o interesse a justificar sua participação decorrerá da interpretação de suas funções institucionais previstas na Constituição Federal, na LC n. 80/94 e na legislação estadual da respectiva instituição. Diante destas premissas, no modelo objetivo de construção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, parece-me urgente que a Defensoria Pública se organize internamente para definir os órgãos que deterão atribuição para utilização deste expediente e, principalmente, tenham aptidão para identificar teses correlatas às funções institucionais que mereçam tratamento uniforme. Em paralelo a esta função objetiva, veremos que a Defensoria Pública também desempenhará nas demandas individuais (aspecto subjetivo) o encargo de buscar a flexibilização da jurisprudência, mediante parâmetros bem delineados, retirados do sistema da *common law*, como passaremos a tratar no tópico seguinte.

Tal atuação decorre de ser função institucional da Defensoria Pública exercer a proteção dos necessitados, em todas as instâncias, seja ela ordinária ou extraordinária, utilizando as medidas capazes de proporcionar a adequada e efetiva defesa dos seus interesses (art. 4°, I e V, LC n° 80/1994). Nesta hipótese, sua atuação tem o condão de expandir-se em favor de todos aqueles que estejam abrangidos pela atuação defensorial.

5.2.2. *A atuação independentemente de participação na "causa-piloto" em favor dos sujeitos sobrestados*

A Defensoria Pública não precisa estar vinculada à "causa-piloto" para provocar a instauração do incidente. De igual modo está autorizada a intervir no incidente quando observar que a tese a ser lá fixada possa atingir os necessitados. Deste modo, pode promover o debate, dando início do incidente, ou nele atuar quando já em trâmite perante o tribunal.

Dentre as funções institucionais por ela exercidas estão a de promover todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, dentre os quais os do consumidor[415], sociais, econômicos, culturais, ambientais, da criança e do ado-

415. Fabio Schwartz, no artigo "A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo", ao tratar dos hipervulneráveis no âmbito do direito do consumidor, leciona: "A Defensoria Pública, em muitos casos, representa o único elo entre esses grupos socialmente desprezados e os poderes não estatais estabelecidos na sociedade de consumo atual, servindo como instrumento de defesa de um regime socialmente mais justo e igualitário. Ganha relevo, portanto, o papel de destaque dessa importante instituição na proteção dos hipervulneráveis, principalmente na tutela do consumidor, atuando o defensor público como agente garantidor da inclusão social desse grupo fragilizado, ante a notória dificuldade encontrada para o pleno e qualificado acesso aos bens de consumo, diante da complexidade ilimitada do mundo em que vivemos. Assim é que o defensor público, por meio da difusão da educação para o consumo, mediante o fornecimento informações acerca dos direitos e deveres pertinentes aos hipervulneráveis, garantindo-lhes o desenvolvimento de um mínimo poder de reflexão e consequente manifestação de uma vontade

lescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado, quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes (art. 4°, VII, VIII, X e XI, LC n° 80/1994). Roger Vieira Feichas e Fabio Schwartz[416] destacam a natural vocação da Defensoria Pública para a tutela coletiva:

> A Defensoria Pública é a instituição mais vocacionada ao exercício da tutela coletiva. Isso porque possui um radar natural, que é sua forte atuação na tutela individual. Assim, as lesões coletivas — sejam relativas a interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos — podem ser rapidamente identificadas, gerando enormes benefícios ao sistema de Justiça. E não é só. Por meio da tutela individual, a Defensoria Pública já toma contato com uma vasta gama de provas documentais, trazidas pelas próprias partes, o que desvela uma dependência muito menor da instituição em relação a procedimentos de instrução, os quais geralmente demandam demasiado tempo e desgaste, tornando muitas vezes extemporânea a intervenção dos órgãos legitimados. Assim, na labuta de seu atendimento diário, o defensor, mediante a análise de inúmeros casos e documentos que lhe são confiados, pode identificar, por meio de sua privilegiada visão global, as chamadas microlesões individuais, muito comuns na seara consumerista, das quais o assistido nem sequer tem conhecimento ou intenção de confrontar, ante a insignificância do valor do dano.

consciente; seja por meio da mediação, estabelecendo um diálogo não deficitário com aqueles que detêm os mandos de produção; ou, em último caso, mediante a tomada das medidas judiciais cabíveis, para a legítima defesa e proteção dos interesses dos lesados; em todas essas situações estar-se-á, em verdade, garantindo o pleno exercício da cidadania àqueles que sempre ocuparam os porões da ordem jurídica deste país. A Defensoria Pública, em muitos casos, representa o único elo entre esses grupos socialmente desprezados e os poderes não estatais estabelecidos na sociedade de consumo atual, servindo como instrumento de defesa de um regime socialmente mais justo e igualitário. Ganha relevo, portanto, o papel de destaque dessa importante instituição na proteção dos hipervulneráveis, principalmente na tutela do consumidor, atuando o defensor público como agente garantidor da inclusão social desse grupo fragilizado, ante a notória dificuldade encontrada para o pleno e qualificado acesso aos bens de consumo, diante da complexidade ilimitada do mundo em que vivemos. Assim é que o defensor público, por meio da difusão da educação para o consumo, mediante o fornecimento informações acerca dos direitos e deveres pertinentes aos hipervulneráveis, garantindo-lhes o desenvolvimento de um mínimo poder de reflexão e consequente manifestação de uma vontade consciente; seja por meio da mediação, estabelecendo um diálogo não deficitário com aqueles que detêm os mandos de produção; ou, em último caso, mediante a tomada das medidas judiciais cabíveis, para a legítima defesa e proteção dos interesses dos lesados; em todas essas situações estar-se-á, em verdade, garantindo o pleno exercício da cidadania àqueles que sempre ocuparam os porões da ordem jurídica deste país". SCHWARTZ, Fabio. A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. *Conjur*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/protecao-hipervulneraveis-mercado-consumo>. Acesso em: 12 maio 2017.

416. FEICHAS, Roger Vieira; SCHWARTZ, Fabio. A Defensoria Pública como instrumento de resolução de litígios em escala. *Conjur*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/tribuna-defensoria-defensoria-publica-instrumento-resolucao-litigios>. Acesso em: 12 maio 2017.

Pode, ainda, intervir na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas (art. 4°, XVIII, LC n° 80/1994), atuação esta que poderá, inclusive, dar-se em desfavor de Pessoas Jurídicas de Direito Público (art. 4°, § 2°, LC n° 80/1994)[417].

Luiz Guilherme Marinoni[418] defende que no IRDR os litigantes, excluídos da relação jurídica processual que viabilizou sua instauração, nele deverão ser representados de modo "adequado" por quem está legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos (art. 5°, da Lei da ACP; art. 82, CDC), sendo eles a Defensoria Pública, o Ministério Público, a Administração Pública direta ou indireta, por meio de suas entidades e órgãos, assim como as associações constituídas há pelo menos um ano.

Com tal participação restará assegurado o devido processo legal, viabilizando, então, a coisa julgada da questão decidida, cujos efeitos serão *erga omnes*. No IAC, ao contrário, por não ter relação com pessoas, grupos ou classes determinados, mas se relacionando com o julgamento de caso específico, cuja matéria possui grande repercussão social, sem solucionar caso ou questão de terceiro, não seria necessária a presença de "representantes adequados", até porque não haveria partes que teriam sido excluídas. O que ocorre é apenas o deslocamento da questão para outro órgão colegiado, razão pela qual a decisão do incidente não faria coisa julgada *erga omnes,* mas apenas *inter partes*, sendo que a decisão quanto à questão objeto do julgamento é que atingiria terceiros por conta da eficácia vinculante[419]. Nesta mesma toada destaca Edilson Santana Gonçalves Filho[420], para quem:

> A presença de vulneráveis é, portanto, apta a demonstrar a necessidade e legitimidade para atuação da Defensoria Pública. No âmbito de demandas que envolvam coletividades, em razão da *hipossuficiência organizacional*, mostra-se ainda mais imperiosa a intervenção da instituição, com vistas garantir que os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, dentre outros, sejam efetivamente garantidos a todos que, de alguma forma, possam ser atingidos. Isso porque a Defensoria Pública é, a um só tempo, direito e

417. É preciso compreender em que medida se dá tal proteção. Neste intuito, tem-se que "não há, nesse sentido, maiores dúvidas a respeito de as pessoas jurídicas serem beneficiárias da justiça gratuita e da assistência jurídica, uma vez comprovada situação especial de carência econômica. Esse seria o caso, por exemplo, de micro ou pequenas empresas, associações civis desprovidas de recursos etc." FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal.* Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 55.

418. MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 260, out. 2016, p. 234.

419. Ibid., 2016, p. 234.

420. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Atuação da Defensoria Pública como órgão interveniente. *Conjur*, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica-orgao-interveniente>. Acesso em: 22 maio 2017.

> garantia fundamental do cidadão, o qual, por incapacidade organizacional e informacional (desconhecendo, muitas vezes, a própria existência do serviço de prestação de assistência jurídica gratuita) fica à mercê da sorte, como se fosse pertencente a uma *subcategoria social*. O papel da Defensoria Pública se insere na busca da inclusão democrática de grupos vulneráveis, visando garantir sua participação e influência nas decisões *político-sociais*, de modo a não serem ignoradas no processo de composição, manutenção e transformação da sociedade na qual estão inseridos. Não é por acaso que o artigo 134 da Constituição Federal estabelece a Defensoria Pública como *expressão e instrumento do regime democrático*. A partir da compreensão da Defensoria Pública como órgão incumbido da defesa dos vulneráveis ou, em outros termos, instrumento voltado à garantia do contraditório para pessoas e comunidades vulneráveis, é possível identificar situações nas quais a atuação processual do órgão pode (ou deve) se dar de maneira interveniente, como uma espécie de *custos vulnerabilis*.

Franklyn Roger Alves Silva, considerando que a Defensoria Pública, nas ações possessórias multitudinárias previstas no CPC/2015 (arts. 554 e 565), ao tutelar os hipossuficientes, "não merece ser observada tão somente sob o aspecto econômico, como pretendido pelo código, mas também do ponto de vista organizacional, frente à dificuldade do grupo de pessoas em se organizar para obter assistência jurídica e exercer a defesa de sua posse" [421].

5.2.3. *A defesa das prerrogativas e funções institucionais*

A terceira forma dá-se quando a instituição faz a defesa de suas prerrogativas e funções institucionais, hipótese em que poderá provocar a instauração do incidente na medida em que a temática a ser debatida seja própria do desempenho de sua atividade funcional.

Está elencado, no âmbito de suas funções institucionais, impetrar *habeas corpus*, mandado de injunção, *habeas data* e mandado de segurança ou qualquer outra ação em defesa das funções institucionais e prerrogativas de seus órgãos de execução (art. 4°, IX, LC n° 80/1994).

A Defensoria Pública não compõe a estrutura organizacional do Poder Executivo como órgão da administração pública direta, ante sua condição de órgão autônomo, aqui compreendida sob a perspectiva da autonomia administrativa (art. 134, § 2°, da CF/88)[422], pelo que está habilitada a proceder diretamente à defesa de suas funções institucionais em juízo, quando seu direito-função estiver sendo malferido, inclusive pela pessoa jurídica a qual integre.

Por não possuir personalidade jurídica própria, a Defensoria Pública é definida como "parte formal", tendo mera "personalidade judiciária"[423] e, portanto, capacidade para ser parte na relação processual quando não conseguir, pela via extrajudicial, proceder à defesa de suas funções institucionais e à prerrogativa de seus órgãos de execução que estiverem sendo violados por qualquer dos Poderes (Executivo, Judiciário ou Legislativo) ou por outro órgão autônomo

421. SILVA, Franklyn Roger Alves. Novo CPC prevê atuação da Defensoria em ação possessória multitudinária. *Conjur*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/tribuna-defensoria-defensoria-publica-hoje-papel-amiga-ordenamento-juridico>. Acesso em: 23 abr. 2017.

422. O Supremo Tribunal Federal compreende ser a autonomia da Defensoria Pública expressão do regime democrático, sem que se possa falar na ofensa a separação de poderes: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 134, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCLUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 74/2013. EXTENSÃO, ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DA UNIÃO E DO DISTRITO FEDERAL, DA AUTONOMIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA E DA INICIATIVA DE SUA PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, JÁ ASSEGURADAS ÀS DEFENSORIAS PÚBLICAS DOS ESTADOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. EMENDA CONSTITUCIONAL RESULTANTE DE PROPOSTA DE INICIATIVA PARLAMENTAR. ALEGADA OFENSA AO ART. 61, § 1º, II, "c", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. USURPAÇÃO DA RESERVA DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEPARAÇÃO DE PODERES. INOCORRÊNCIA. *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* NÃO DEMONSTRADOS. 1. No plano federal, o poder constituinte derivado submete-se aos limites formais e materiais fixados no art. 60 da Constituição da República, a ele não extensível a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista de modo expresso no art. 61, § 1º, apenas para o poder legislativo complementar e ordinário – poderes constituídos. 2. Impertinente a aplicação, às propostas de emenda à Constituição da República, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade de emendas às constituições estaduais sem observância da reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, fundada na sujeição do poder constituinte estadual, enquanto poder constituído de fato, aos limites do ordenamento constitucional federal. 3. O conteúdo da Emenda Constitucional nº 74/2013 não se mostra assimilável às matérias do art. 61, § 1º, II, "c", da Constituição da República, considerado o seu objeto: a posição institucional da Defensoria Pública da União, e não o regime jurídico dos respectivos integrantes. 4. O art. 60, § 4º, da Carta Política não veda ao poder constituinte derivado o aprimoramento do desenho institucional de entes com sede na Constituição. A concessão de autonomia às Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal encontra respaldo nas melhores práticas recomendadas pela comunidade jurídica internacional e não se mostra incompatível, em si, com a ordem constitucional. Ampara-se em sua própria teleologia, enquanto tendente ao aperfeiçoamento do sistema democrático e à concretização dos direitos fundamentais do amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e da prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV). 5. Ao reconhecimento da legitimidade, à luz da separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, da Lei Maior), de emenda constitucional assegurando autonomia funcional e administrativa à Defensoria Pública da União não se desconsidera a natureza das suas atribuições, que não guardam vinculação direta à essência da atividade executiva. *Fumus boni juris* não evidenciado. 6. Alegado risco de lesão aos cofres públicos sem relação direta com a vigência da norma impugnada, e sim com atos normativos supervenientes, supostamente nela calcados, é insuficiente para demonstrar a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, requisito da concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Eventual exegese equivocada ou abusiva não conduz à inconstitucionalidade da emenda constitucional, somente inquinando de vício o ato do mau intérprete. *Periculum in mora* não demonstrado. Medida cautelar indeferida." BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI nº 5.296 MC/DF. Rel. Min. Rosa Weber, j. em 18/05/2016. DJE nº 240, div. em 10/11/2016, pub. 11/11/2016.

423. O Presidente do Supremo Tribunal Federal, quando do exame do Pedido de Suspensão de Liminar nº 800/RS, posicionou-se no sentido da Defensoria Pública poder gozar desta prerrogativa processual, senão vejamos: "No caso em exame, a DPU busca nesta ação a defesa de sua competência privativa para decidir onde deve lotar os defensores públicos federais. Assim, entendo que possui capacidade para ser parte nesta ação (personalidade judiciária)." BRASIL. STF. STA nº 800/RS, Rel. Min. Presidente Ricardo Lewandowski, j. em 05/08/2015. DJE nº 156, div. em 07/08/2015 pub. 10-08-2015.

com *status* constitucional (Ministério Público e Tribunal de Contas), os quais integrem a mesma pessoa jurídica, ou seja, a União ou o Estado-membro[424].

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o órgão público, com *status* constitucional, possui legitimidade para ser parte na relação processual[425]. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, sumulou entendimento no sentido de o órgão público ter personalidade judiciária para a defesa de seus direitos institucionais[426].

Tal prerrogativa processual pode ser exercida nos recursos repetitivos, no que se inclui o IRDR, assim como no IAC, posto que todos são processados em um tribunal que possua competência para reformar a decisão proferida no âmbito de sua jurisdição.

424. O Supremo Tribunal Federal já assentou: "A corte pacificou entendimento de que certos órgãos materialmente despersonalizados, de estatura constitucional, possuem personalidade judiciária (capacidade para ser parte) ou mesmo, como no caso, capacidade processual (para estar em juízo). ADI 1557, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 18.06.2004. Essa capacidade, que decorre do próprio sistema de freios e contrapesos, não exime o julgador de verificar a legitimidade *ad causam* do órgão despersonalizado, isto é, sua legitimidade para a causa concretamente apreciada. Consoante a jurisprudência sedimentada nesta Corte, tal legitimidade existe quando o órgão despersonalizado, por não dispor de meios extrajudiciais eficazes para garantir seus direitos-função contra outra instância de Poder do Estado, necessita da tutela jurisdicional" BRASIL. STF. Segunda Turma. RE nº 595.176 AgRDF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 31/08/2010. DJe-235 div. 03-12-2010 pub. 06-12-2010.

425. "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ASSESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo distrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. 3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal. 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direita de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente." BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI nº 1.557/DF. Rel. Min. Ellen Gracie, j. em 31/03/2004. DJ 18-06-2004 p. 43, EMENT VOL-02156-01 p. 33, RTJ VOL 00192-02 p. 473.

426. BRASIL. Súmula 525-STJ: A Câmara de vereadores não possui personalidade jurídica, apenas personalidade judiciária, somente podendo demandar em juízo para defender os seus direitos institucionais.

5.2.4. *A intervenção como* amicus curiae

A quarta hipótese diz respeito à atuação da Defensoria Pública como *amicus curiae* em defesa de quem não é parte no processo, nem sujeito sobrestado. Sua atuação poderá ser em defesa de necessitados ou de seu direito-função, hipóteses em que deve ser comprovada a adequada representatividade a habilitar seu ingresso no incidente (art. 138).

O ordenamento jurídico pátrio conhece o instituto do *amicus curiae* desde a década de 1970 (art. 31, Lei nº 6.385/76), estando previsto em diversos diplomas legais (art. 89, Lei nº 8.884/94 - Lei do CADE; arts.57 e 175, Lei nº 9.279/96 - Lei de Marcas e Patentes; arts. 50 e 118, Lei nº 12.529/11 - Lei da Defesa da Concorrência). No entanto, passou a ter maior destaque a partir da edição da Lei que disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade – ADI e da ação declaratória de constitucionalidade - ADC (art. 7º e 29, Lei nº 9.868/99).

Trata-se de instituto com viés democrático que possibilita a exposição de ponto de vista favorável a determinada posição, viabilizando o aprimoramento das decisões emanadas do Poder Judiciário por contribuir para a compreensão do objeto do processo, pluralizando o debate em torno da controvérsia com todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da questão de direito, tais como posições jurídicas existentes e os reflexos diretos e indiretos da decisão proferida, de modo a conferir legitimidade social ao resultado do julgamento[427]. Sobre sua natureza jurídica, o Supremo Tribunal Federal[428] entende:

> O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado.

O Superior Tribunal de Justiça[429] corrobora a posição acima referida. No entanto, há quem entenda tratar-se de uma participação "interessada"[430].

427. BRASIL. STF. ADI nº 2.130 MC/SC. Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. em 20/12/2000. DJ 02/02/2001 p. 145.

428. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI nº 3.460 ED/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 12/02/2015. DJe-047 div. 11-03-2015 pub. 12-03-2015.

429. O Superior Tribunal de Justiça, após a vigência do CPC/15, considerou: "O *amicus curiæ* é previsto para as ações de natureza objetiva, sendo excepcional a admissão no processo subjetivo quando a multiplicidade de demandas similares indicar a generalização do julgado a ser proferido. O Supremo Tribunal Federal ressaltou ser imprescindível a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público (BRASIL. STF. AgRg na SS 3.273-9/RJ. Rel. Ministra Ellen Gracie. DJ 20/6/2008). No mesmo sentido: 'O STF já apreciou a questão da natureza jurídica do *amicus curiæ*, afirmando, em

A intervenção do "amigo da corte" possibilita a integração da norma com os fatos como meio de atingir o processo de conhecimento[431]. Sua atuação legi-

voto do Relator, Min. Celso de Mello, na ADIn n. 748 AgR/RS, em 18 de novembro de 1994, que não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um fato de 'admissão informal de um colaborador da corte'. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiæ*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador' (BRASIL. STF. ADPF 134 MC. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 22/4/2008, publicado em DJe 29/4/2008). Na espécie, o interesse dos Estados da Federação e do Distrito Federal vincula-se diretamente ao resultado do julgamento favorável a uma das partes - no caso, a Fazenda Pública -, circunstância que afasta a aplicação do instituto. Ademais, a participação de 'amigo da Corte' visa ao aporte de informações relevantes ou dados técnicos (BRASIL. STF. ADI ED 2.591/DF. Rel. Ministro Eros Grau, DJ 13/4/2007), situação que não se configura no caso dos autos, porquanto o tema repetitivo é de natureza eminentemente processual". BRASIL. STJ. Primeira Seção, AgRg na PET no REsp. nº 1.336.026/PE. Rel. Min. Og Fernandes, j. em 22/03/2017. DJe 28/03/2017.

430. Sofia Temer (*Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 183-185) considera que "o *amicus curiae* é um sujeito processual que já foi classificado como auxiliar da Justiça, como terceiro e como parte. É uma figura 'enigmática', prevista inicialmente em algumas leis esparsas, que passou a ter atuação mais ampla a partir de sua previsão para o controle de constitucionalidade. No novo Código, o 'amigo da corte' recebe posição de destaque. [...] Embora, à primeira vista, se pense no 'amigo da corte' como um sujeito imparcial, cujo objetivo precípuo é incrementar o debate e auxiliar na construção de decisões judiciais melhores, parece inegável que ele também possa atuar movido por algum interesse. As motivações podem ser diversas, sendo razoável supor que o *amicus* terá interesse em contribuir para o debate, porque isso significará algum proveito ou benefício, ainda que meramente reflexo ou eventual. Afirma-se que o *amicus curiae* tem interesse institucional, o que, por si só, permite afastá-lo dos sujeitos desinteressados, como são, em geral, os auxiliares da Justiça", para então acrescentar que "por outro lado, parece que o interesse do *amicus* pode ser institucional, político, econômico, social, acadêmico, cultural, enfim, qualquer interesse que decorra de motivos outros que não a aplicação da tese à resolução direta de um conflito que subjetivo de que faça parte".

431. A inegável relevância do *amicus curiae* foi perfeitamente delineada pelo Ministro Gilmar Mendes: "Hoje não há como negar a 'comunicação entre norma e fato' (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. (Cf., MARENHOLZ, Ernst Gottfried, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht. In: Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54)). Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) -, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades. A propósito, referindo-se ao caso Webster *versus* Reproductive Health Services [...], que poderia ensejar uma revisão do entendimento estabelecido em Roe *versus* Wade (1973), sobre a possibilidade de realização de aborto, afirma Dworkin que a Corte Suprema recebeu, além do memorial apresentado pelo Governo, 77 outros memoriais (*briefs*) sobre os mais variados aspectos da controvérsia - possivelmente o número mais expressivo já registrado - por parte de 25 senadores, de 115 deputados federais, da Associação Americana de Médicos e de outros grupos médicos, de 281 historiadores, de 885 professores de Direito e de um grande grupo de organizações contra o aborto (cf. DWORKIN, Ronald. Freedom's Law. Cambridge - Massachussetts. 2. ed. 1996, p. 45). Evidente, assim, que essa fórmula procedimental constitui um excelente instrumento de informação para a Corte Suprema. Não há dúvida, outrossim, de que a participação de diferentes grupos em pro-

tima-se na medida em que pode ser útil à resolução adequada da questão controvertida[432], pelo que suas manifestações devem trazer elementos relevantes e novos, não podendo repetir argumentos já constantes do incidente[433].

O CPC/2015 veio a incorporá-lo em seu texto[434], passando a prever que o juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada ("*adequacy of representation*"), no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação (art. 138, *caput*).

cessos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. Em consonância com esse modelo ora proposto, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às 'intervenções de eventuais interessados', assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1997, p. 47-48). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos 'amigos da Corte'. Essa inovação institucional, além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição. É certo, também, que, ao cumprir as funções de Corte Constitucional, o Tribunal não pode deixar de exercer a sua competência, especialmente no que se refere à defesa dos direitos fundamentais em face de uma decisão legislativa, sob a alegação de que não dispõe dos mecanismos probatórios adequados para examinar a matéria. Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito". BRASIL. STF. ADI nº 2.548/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. em 18/10/2005. DJ 24/10/2005, p. 35.

432. BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI nº 2.321 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25/10/2000. DJ 10-06-2005 p. 4.

433. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 188.

434. Sobre o *amicus curiae*, a Comissão de Juristas instituída pelo Presidente do Senado Federal encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo CPC, observou: "[...] Por outro lado, e ainda levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. Criou-se regra no sentido de que a intervenção pode ser pleiteada pelo *amicus curiae* ou solicitada de ofício, como decorrência das peculiaridades da causa, em todos os graus de jurisdição. Entendeu-se que os requisitos que impõem a manifestação do *amicus curiae* no processo, se existem, estarão presentes desde o primeiro grau de jurisdição, não se justificando que a possibilidade de sua intervenção ocorra só nos Tribunais Superiores. Evidentemente, todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas" (https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf).

Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos (Enunciado nº 395 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). A representatividade adequada exigida não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa (Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

No que tange à representatividade adequada da Defensoria Pública para atuar como "amigo da corte", não deve ser considerada a condição econômica das partes que compõem o litígio, mas o papel institucional que lhe incumbe, o qual está previsto no art. 134, da Constituição Federal, e no art. 4º, da Lei Complementar nº 80/1994. Sob tal perspectiva, "a figura do *amicus curiae* merece interpretação ampliativa, potencializando a atuação da Defensoria Pública"[435].

Verificada a relevância da matéria, a repercussão social da controvérsia ou a especificidade do tema objeto da demanda, o juiz poderá promover a ampla divulgação do processo, inclusive por meio dos cadastros eletrônicos dos tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, para incentivar a participação de mais sujeitos na qualidade de *amicus curiae* (Enunciado nº 575 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A admissão caberá ao juiz ou relator, cabendo-lhe definir os poderes que lhe serão conferidos (art. 138, § 2º)[436]. Tal intervenção não implica alteração de competência jurisdicional para o processo e julgamento da ação, nem autoriza a interposição de recursos, exceto a oposição de embargos de declaração (art. 138, § 1º) e o recurso decorrente do julgamento do IRDR (art. 138, § 3º).

No processo em que há intervenção do "amigo da corte", a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas que sejam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, § 1º, IV) (Enunciado nº 128 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), podendo as partes opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativa aos argumentos trazidos pelo "amigo da corte" e não apreciados pelo órgão julgador (Enunciado nº 394 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Sofia Temer consigna[437] que,

> [...] todos os sujeitos que pretendam participar do debate judicial e que sejam movidos por interesses diversos daqueles dos sujeitos sobrestados, poderão fazê-lo na condição de *amici curiae*. É o caso, por exemplo, de agências reguladoras e órgãos públicos cuja atuação é relacionada com a preservação do interesse público e com a fiscalização das atividades reguladoras, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Comissão de Valores

435. ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 413-414.

436. Sofia Temer entende que a participação do *amicus curiae* deve ser analisada sob a perspectiva do ato processual ou do conjunto de atos, pois não haverá interesse em atuar em todas as etapas do incidente, pelo que o magistrado tomará por base tal elemento quando for deferir os poderes processuais decorrentes de sua intervenção. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 185-187.

437. Ibid., 2016, p. 185-187.

> Mobiliários (CVM), o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), dentre outros. Também poderia ser enquadrada nessa categoria a atuação de pessoas de direito público que não sejam parte dos processos classificados como repetitivos, porque não diretamente interessadas, como, por exemplo, a atuação prevista para os processos em que possa haver 'reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica' (art. 5º, parágrafo único, Lei 9.469/97). Este enquadramento poderia contornar, ademais, as fundadas objeções à classificação desta intervenção como assistencial, já que para esta hipótese a lei dispensa expressamente a existência de interesse jurídico. Nestas intervenções não há propriamente um interesse jurídico, embora haja fundadas razões para permitir a participação no diálogo judicial, seja para apresentar informações técnicas, científicas, políticas ou sociais relacionadas à matéria decidida, seja para preservar indiretamente o erário público, seja para interferir na resolução de questões que afetem serviços públicos. Essa atuação, se é possível em processos que tutelam direitos subjetivos, é ainda mais justificada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A atuação da Defensoria Pública, na condição de *amicus curiae*, apresenta alguns contornos específicos, os quais precisam ser adequadamente considerados, a fim de possibilitar que a tese a ser confeccionada tome por base uma amplitude de elementos relevantes, dentre os quais as particularidades inerentes aos necessitados.

De outro modo, ao elencar a Defensoria Pública como legitimada para requerer a instauração do IRDR, verifica-se que seu papel, na perspectiva de formação dos precedentes, sofreu significativa alteração, ante a expansão que lhe foi possibilitada quanto à defesa de suas funções institucionais e à promoção da proteção dos direitos humanos[438], assim como dos direitos individuais e coletivos, na busca por conferir proteção efetiva aos necessitados.

Para a perfeita compreensão da atuação defensorial, é preciso observar que o "necessitado" não se limita ao hipossuficiente econômico, pois engloba o vulnerável dentre aqueles previstos, exemplificativamente, no art. 4º, da LC nº 80/1994, como antes referido.

438. Franklyn Roger Alves Silva apresenta qual seria o papel a ser desempenhado pela Defensoria pública nesta temática: "O papel da Defensoria Pública é muito maior do que aquele que se pretende atribuir a título de *ombudsman*, já que sua atuação não se restringe à proteção dos direitos humanos frente ao poder público. Há também a atuação preventiva e educadora, com o propósito de conscientização de direitos conferidos pela Lei Complementar 80/94, o que me leva a crer que a instituição deva ser creditada em uma dimensão ainda mais ampla, a de *custos humanus*, se assim poderíamos chamá-la". SILVA, Franklyn Roger Alves. A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria. *Conjur*, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Ademais, poderá a Defensoria Pública viabilizar seu ingresso nos incidentes, na condição de "amigo da corte", para a defesa de suas funções institucionais[439].

Neste aspecto, a representatividade adequada da Defensoria Pública para atuação como "amigo da corte" não deve ter como parâmetro a hipossuficiência econômica das partes envolvidas em litígio. O norte interpretativo deve ser o artigo 134 da CRFB, o artigo 4º da LC nº 80/94 e as disposições da legislação estadual ou distrital respectiva. Portanto, toda vez que o objeto da demanda es-

439. Franklyn Roger Alves Silva traz alguns exemplos bastante elucidativos: "No Rio de Janeiro, a Defensoria Pública fluminense se habilitou como *amicus curiae* em Agravo de Instrumento da relatoria do desembargador Alexandre Câmara, demonstrando a diferenciação entre os conceitos de assistência jurídica e gratuidade de Justiça, algo ainda não bem digerido na doutrina não institucional e na jurisprudência dos tribunais. Neste primeiro caso, a pertinência temática é evidente, já que o objeto do processo é a própria atuação da Defensoria Pública, o que justificaria a sua contribuição, como amiga da corte, para estatuir que a avaliação do direito a assistência jurídica é uma atividade privativa dela própria, que não se confunde com a apreciação do direito à gratuidade de Justiça, que pertence ao Poder Judiciário. O segundo exemplo pode aparentar certa perplexidade, especialmente para aqueles que não conhecem a Defensoria Pública profundamente e a encaram como uma mera repartição pública destinada ao atendimento burocrático da população humilde. Recentemente, a Associação Nacional dos Defensores Públicos noticiou que a Defensoria Pública capixaba teria ingressado como *amicus curiae* em processo objetivo de controle de constitucionalidade deflagrado contra atos normativos editados pela Justiça bandeirante para a regulamentação da audiência de custódia. A pertinência e utilidade da audiência de custódia são, talvez, os temas mais discutidos nesta época do Processo Penal e, arrisco-me a dizer, o colega Caio Paiva é quem tem mais se debruçado acerca dos estudos sobre a modernização da tutela da liberdade. O foco aqui pretendido, no entanto, reside em demonstrar como a pertinência temática da Defensoria Pública é ampla o bastante a ponto de lhe permitir a intervenção nas questões jurídicas que tenham relevância social correlata às suas funções institucionais. Muitos poderiam, como efetivamente já fazem ou farão, após essa advertência, lançar tomates ao palco onde a Defensoria Pública se apresenta, afirmando que os membros da instituição estariam desvirtuando o seu papel. A realidade é que ninguém conhece o que é a Defensoria Pública do século XXI. Desde 2007, a instituição vem sofrendo vários *upgrades* para se amoldar à nova realidade social. A Lei Complementar 132/2009 e a Emenda Constitucional 80/14 tornaram expressa a função institucional defensorial de promoção dos direitos humanos. Ora, se a obrigação de realizar a audiência de custódia tem sede na Convenção Americana de Direitos Humanos, em vigor no ordenamento jurídico há décadas, cuja natureza supralegal é expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a inércia do Poder Judiciário não pode passar em branco ao largo do olhar da Defensoria Pública. É a missão de promoção desses direitos que credencia a Defensoria Pública para a representatividade adequada no âmbito do desempenho da função de *amicus curiae*. Por via reflexa, como bem exposto pela Defensoria Pública do Espírito Santo, há o papel de atuação nos estabelecimentos prisionais (artigo 4º, XVII da LC 80/94) e o de acompanhamento do inquérito policial e da prisão cautelar (artigo 4º, XIV da LC 80/94, artigos 289-A, parágrafo 4º 306, e parágrafo 1º, ambos do CPP), que ouso também acrescentar. Já é mais que hora de superar o preconceito existente com a instituição voltada para a tutela jurídica dos hipossuficientes e dos direitos humanos, deixando-se evidente que a Defensoria Pública não pretende assumir os papéis de outros personagens do ordenamento jurídico. Na realidade, nosso objetivo é assumir espaços recusados ou negligenciados pelos demais atores processuais e que mereçam a tutela estatal adequada". SILVA, Franklyn Roger Alves. Defensoria Pública hoje tem papel de 'amiga' do ordenamento jurídico. *Conjur, 2015.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/tribuna-defensoria-defensoria-publica-hoje-papel-amiga-ordenamento-juridico>.Acesso em: 12 maio 2017.

tiver contido em alguma das funções institucionais, a pertinência da atuação da Defensoria Pública estará satisfeita. Em consideração perfeitamente adequada ao que se pretende aqui defender, Caio Paiva[440] observou:

> A Defensoria é responsável pela construção de sua história e, mais do que isso, pela consolidação de sua identidade. Pode ser apenas (mais) uma instituição no cenário jurídico do país, e assim contribuir para a manutenção do *status quo*, mas pode, também, representar o novo, abrir o armário das ideias eticamente comprometidas com os direitos humanos e colocar na gaveta tudo aquilo que produziu e que ainda produz discriminação, dor e sofrimento.

Vai-se além, num sistema de precedentes, em que a Defensoria Pública busca viabilizar a defesa de sua visão institucional na formação da tese que o tribunal firmará, é preciso que o Poder Judiciário compreenda as novas dimensões pelas quais a instituição passa a trilhar, possibilitando sua integração nos incidentes para que se permita a adequada proteção dos necessitados e da própria atuação particularizada conferida à instituição.

5.2.5. *A faculdade conferida à defensoria pública para participar do incidente*

Deve-se considerar que, mesmo se o objeto da tese a ser firmada tenha relação com o "necessitado", nem sempre a atuação da Defensoria Pública será conveniente e oportuna no incidente.

Haverá situações em que a tese poderá beneficiar uma parcela dos assistidos pela instituição, mas, por outro lado, poderá prejudicar outros mais. Tal situação se apresenta quando a Defensoria Pública, nas causas em que atuar como representante do necessitado, puder fazê-lo tanto em favor do autor como do réu em dada relação processual, por serem ambos enquadrados como "hipossuficientes". Sob tal perspectiva, a tese que venha a ser firmada, qualquer que seja ela, terminaria por mitigar, ou mesmo impedir, a atuação defensorial na defesa de um dos polos da relação processual.

Em causas de natureza subjetiva, quando se verifica a existência de interesses antagônicos ou colidentes entre destinatários de suas funções, proporciona-se que cada uma das partes seja assistida por Defensores Públicos distintos (art. 4º-A, V, da LC nº 80/1994). Entretanto, tal hipótese não há de ser aplicada em incidentes de índole objetiva, tal como se dá no IRDR e no IAC, pois nestes a Defensoria Pública atuará enquanto instituição, não podendo ela proporcionar a defesa de teses jurídicas colidentes.

440. PAIVA, Caio. Defensor Público pode ser proibido de sustentar alguma tese?. *Conjur*, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-05/tribuna-defensoria-defensor-publico-proibido-sustentar-alguma-tese>. Acesso em: 22 maio 2017.

Sob tal aspecto, Franklyn Roger e Diogo Esteves destacam que "a Defensoria Pública foi desenhada para atuar na defesa de interesses colidentes no plano subjetivo e na construção de teses jurídicas no plano objetivo"[441].

Por isso, considera-se que a participação da Defensoria Pública, seja para requerer sua instauração ou para nele intervir como *amicus curiae* nos incidentes, decorre de uma opção política da própria instituição, não cabendo aos seus membros, individualmente, tomando por base a independência funcional (art. 134, § 4°, CF/1988)[442], decidir acerca da defesa de determinada posição jurídica. O CPC/2015 confere à Defensoria Pública, enquanto instituição, cuja representação compete ao seu Defensor Público-Geral, requerer a admissão no incidente ou nele vir a intervir, pelo que seu membro não tem legitimidade para nele atuar em nome da instituição.

A Constituição Federal, ao disciplinar a finalidade desempenhada pela Defensoria Pública, apregoa ser a de prestar a defesa integral ao "necessitado" (art. 134, *caput*), de modo que, se vier a defender certa posição jurídica, cuja repercussão prejudique a quem deva assistir, descumprirá o múnus que lhe foi constitucionalmente conferido.

Por outro lado, na hipótese em que não seja necessária essa valoração - pois a Defensoria Pública manifesta-se somente em favor de uma das partes da relação processual[443] -, ainda assim, haverá de se avaliar acerca da conveniência e oportunidade de atuar na formação do precedente. Em cada hipótese concretamente examinada, far-se-á necessário verificar como se apresenta, naquela oportunidade, o entendimento jurisprudencial sobre a questão jurídica controvertida. Por isso, é salutar, em certas circunstâncias, aguardar que a questão seja submetida ao crivo de outros tribunais, ou mesmo dos tribunais superiores, viabilizando, *a posteriori*, o incidente quando houver uma maior maturação do debate.

441. SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 425.

442. Sobre a autonomia funcional, Franklyn Roger e Diogo Esteves consideram: "A autonomia funcional garante à Defensoria Pública plena liberdade de atuação no exercício de suas funções institucionais, submetendo-se unicamente aos limites determinados pela Constituição Federal, pela lei e pela própria consciência de seus membros" (ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 87). Portanto, ela deve ser compreendida sob a perspectiva institucional e dos seus integrantes. Compatibilizando as duas perspectivas, tem-se que, frente aos demais órgãos e poderes, a Defensoria Pública goza de autonomia para formular suas próprias escolhas na condução de suas atividades institucionais. Por sua vez, os Defensores Públicos detêm a prerrogativa de não se subordinarem uns frente aos outros, podendo formular as escolhas que lhe pareçam mais adequadas no exercício do seu múnus público, desde que respeitados as balizadas do ordenamento jurídico.

443. Um exemplo seria a atuação da Defensoria Pública da União, nos litígios de natureza civil que sejam processados junto a Justiça Federal de 1º grau, no qual atua, no mais das vezes, em favor do necessitado que esteja em litígio com a União, suas autarquias ou empresas públicas federais (art. 109, I, CF).

Portanto, a participação da Defensoria Pública no IRDR e no IAC dependerá de um juízo de valor por parte da instituição, a ser formulado pelo Defensor Público-Geral, e não pelos membros que atuam nos órgãos de execução defensorial[444].

444. A Defensoria Pública do Estado do Ceará, por meio do seu Conselho Superior, acolheu integralmente a proposta de resolução a ele encaminhada pelo autor deste texto. Pela importância da temática, traz-se o seu inteiro teor, a qual está disponível em <http://www.defensoria.ce.def.br/normas/resolucoes-do-conselho-superior/>:
"RESOLUÇÃO N° 134, DE 17 DE JUNHO DE 2016.
Disciplina o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR
O CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ, no uso de suas atribuições legais, e em conformidade com o art. 6º-B, inciso I, da Lei Complementar 06/97;
CONSIDERANDO que compete ao Conselho Superior da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará exercer as atividades consultiva, normativas e decisórias;
CONSIDERANDO a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) pelo Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 976 a 987;
CONSIDERANDO que à Defensoria Pública foi conferida legitimidade ativa para instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ainda quando não seja parte no processo originário, nos termos do art. 977, inciso III, do Código de Processo Civil e a consequente necessidade de regularizar tal atuação;
CONSIDERANDO a decisão do Conselho Superior da Defensoria Pública, nos autos do Processo nº 16176009-0, exarada na 12ª Sessão Ordinária do ano de 2016;
RESOLVE:
Art. 1º. Qualquer Defensor Público poderá submeter ao Defensor Público-Geral pedido de instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, cabendo este deliberar acerca da conveniência e da oportunidade de requerer ao presidente de Tribunal seu processamento.
Parágrafo primeiro. O Defensor Público, no momento em que encaminhar o pedido de instauração do IRDR, deverá oficiar o Supervisor do Núcleo defensorial que integra, a fim de que este, tomando ciência do ato, apresente manifestação dirigida ao Defensor Público-Geral no prazo de 10 (dez) dias.
Parágrafo segundo. Ao receber o pedido, caberá ao Defensor Público-Geral determinar que se oficiem os demais Defensores Públicos, por meio de e-mail institucional e pela publicação no sítio eletrônico da Defensoria Pública, a fim que, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, possam apresentar razões e prova documental que viabilizem a análise do pedido de instauração do IRDR.
Parágrafo terceiro. Após o recebimento das informações prestadas pelo Supervisor de Núcleo, assim como dos demais Defensores Públicos que venham a manifestar-se, o Defensor Público-Geral deliberará, fundamentadamente, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca da viabilidade ou não do requerimento apresentado, dando-lhe publicidade.
Parágrafo quarto. Da decisão do Defensor Público-Geral, qualquer Defensor Público poderá interpor recurso, no prazo de 05 (cinco) dias, dirigido ao Conselho Superior da Defensoria Pública.
Parágrafo quinto. O recurso terá distribuição prioritária junto ao Conselho Superior, cabendo ao relator submeter seu voto ao colegiado, no prazo máximo de 20 (vinte) dias da conclusão do processo.
Parágrafo sexto. A decisão tomada pelo Conselho Superior da Defensoria Pública vincula o Defensor Público-Geral.
Art. 2º. A Defensoria Pública, por meio do Defensor Público-Geral, quando houver interesse em intervir por meio de manifestação escrita em IRDR da qual não participe, o qual esteja em trâmite perante Tribunal, ou quando considere necessário interpor recurso especial ou extraordinário de IRDR já decidido por Tribunal, conferirá aos Defensores Públicos o prazo de 05 (cinco) dias para se manifestarem, cabendo-lhes encaminhar, querendo, razões e documentos que entendam pertinentes, a fim de viabilizar a habilitação do órgão no incidente instaurado.

É preciso, ainda, mencionar que, ao ser fixada tese por um tribunal, o Defensor Público, mesmo diante da sua independência funcional (art. 134, § 4°, CF/1988; art. 3°, LC n° 80/1994), não deverá buscar recorrer da decisão que a aplicou, exceto se for hipótese de *distinguishing (distinção entre o caso concreto examinado e o que originou o precedente), overruling (técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído por outro precedente) ou overriding* (técnica pela qual o tribunal limita o âmbito de incidência de um precedente por conta da superveniência de uma regra ou princípio geral)[445,446].

Parágrafo primeiro. O procedimento para o pedido de habilitação em IRDR já em curso, ou pedido de revisão da tese jurídica firmada em incidente, formulado por Defensor Público, será o previsto no art. 1º.

Parágrafo segundo. No caso da interposição de recurso especial e recurso extraordinário decorrente de IRDR já decididos, ou na hipótese de pedido de sustentação oral em IRDR pendente de julgamento, o Defensor Público-Geral poderá, na hipótese de exiguidade do prazo, dispensar que se oficiem os Defensores Públicos.

Parágrafo terceiro. Na hipótese do parágrafo anterior, o Defensor Público-Geral deverá, logo após a apresentação do recurso, oficiar os Defensores Públicos, por meio de e-mail institucional e pela publicação no sítio eletrônico da Defensoria Pública, dando ciência do ato praticado, oportunidade em que deverá encaminhar a peça processual protocolada e, no caso de sustentação oral, as razões apresentadas perante o tribunal.

Art. 3º. A Defensoria Pública buscará firmar convênio com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ a fim de ter acesso ao banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas aos IRDR's.

Art. 4º. Após o julgamento do IRDR, a Defensoria Pública dará ciência aos Defensores Públicos quanto ao resultado por meio de e-mail institucional e pela publicação no sítio eletrônico da Defensoria Pública.

Art. 5º. O pedido de reclamação, decorrente da inobservância do IRDR decidido por Tribunal, será proposto pelo Defensor Público que atue no órgão de execução.

Art. 6º. Esta resolução entrará em vigor na data da sua publicação.

Publique-se.

CONSELHO SUPERIOR DE DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ, em Fortaleza/CE, 17 de junho de 2016.".

445. O significado das expressões foi extraído da obra de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 491, 494 e 507.

446. GROSTEIN, Julio. *O papel da Defensoria Pública na mutação constitucional: um enfoque à luz das atribuições institucionais. In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Coord.). *Temas aprofundados Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2, p. 654), citado por Caio Paiva, discorre: "Depreende-se dessa atribuição, portanto, que eventual violação grave a um direito protegido internacionalmente faz com que o defensor natural empreenda esforços, junto à jurisdição interna, para convencer o(s) julgador(es) acerca da ofensa a algum dispositivo internacional, quando pertinente a alegação. Nesse contexto, permite-se que os tribunais nacionais sejam instados a se manifestar sobre parâmetros internacionais de direitos humanos, o que, evidentemente, constitui campo fértil para a mutação constitucional." PAIVA, Caio. A atuação da Defensoria diante de um sistema de precedentes. *Genjurídico*, 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/07/14/a-atuacao-da-defensoria-diante-de-um-sistema-de-precedentes/>.

Isso decorre do fato de que, mesmo tendo, por expressa previsão na Constituição Federal, independência para o desempenho de sua atividade funcional, a atuação do Defensor Público busca defender os interesses e direitos dos necessitados, evitando, até mesmo, o agravamento da sua condição de vulnerabilidade. Ora, diante de precedente vinculante sem que haja viabilidade de reversão da decisão –, seja pela apresentação de elemento que distinga o caso concreto daquele que amparou a elaboração da tese jurídica ou pela inexistência de argumentos que tornem viáveis a revisão da posição firmada –, a atuação defensorial somente reforça a mencionada tese, tornando, a cada momento, mais distante a pretendida defesa do "vulnerável".

Deve-se considerar que a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório configura-se litigância de má-fé (art. 80, VII)[447], cabendo ao juiz arbitrar multa superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, além de indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 81, *caput*). Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa será fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo (art. 81, § 2°).

Não se deve esquecer que o necessitado, a quem se concede a gratuidade da justiça, fica responsável pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2°), assim como tem o dever de pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas (art. 98, § 4°).

Quando o Defensor Público observar não ser hipótese de aplicação da tese fixada em precedente, Franklyn Roger Alves Silva[448] propõe:

> Se pelo aspecto objetivo tratado no capítulo antecedente, a Defensoria Pública teria legitimidade extraordinária para participar do processo de construção da jurisprudência estável, do ponto de vista subjetivo, esta mesma instituição velará pela superação total ou parcial da jurisprudência, inclusive propondo a modulação temporal quando pertinente, nos casos individuais postos a sua apreciação. A amplitude de sua atuação individual permitirá identificar situações em que o precedente não seja mais adequado, cabendo a instituição buscar a rediscussão da tese jurisprudencial desde a peça inaugural (petição inicial ou contestação), prequestionando aquela nova circunstância ou tese jurídica a fim de que o tribunal competente possa reavaliar a subsistência da jurisprudência até então aplicada, evitando-se a incidência dos mecanismos

---

447. Alexandre Freitas Câmara lembra que o órgão jurisdicional, ao se deparar com um precedente vinculante, não poderá decidir de modo diferente e, mesmo que não tenha o caráter vinculante, será admissível proferir decisão conflitante desde que o faça com justificativa adequada, demonstrando a razão pela qual é constitucionalmente legítimo decidir-se de outro modo. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 433.

448. SILVA, Franklyn Roger Alves. O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep). Curitiba, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25711/Franklyn_Roger_Alves_Silva.pdf>.Acesso em: 23 abr. 2017.

de filtragem de demandas. Do mesmo modo, quando o Defensor Público verificar que a situação da parte não corresponder exatamente a *ratio decidendi* estabelecida no julgamento, deverá, desde logo, indicar as circunstâncias particulares que distinguem aquele caso da regra posta pela jurisprudência, evitando também que os freios às demandas estabelecidos pelo CPC/2015 possam ser aplicados. Através destas premissas percebemos o papel dúplice da instituição. Sem estar totalmente amarrada a vertente objetiva de sugestão de teses jurídicas a serem uniformizadas pelos tribunais, a Defensoria Pública também terá a missão de propor a revisão de teses jurídicas. Inclusive, não haverá qualquer incompatibilidade em a Defensoria Pública propor a superação de jurisprudência estabilizada por iniciativa dela própria. A rigidez do processo legislativo não possui a mesma aplicabilidade na revisão da tese jurisprudencial, já que o tribunal não está vinculado a seus próprios precedentes. A exegese do novo Código de Processo Civil é clara. O papel da Defensoria Pública é o de auxiliar na construção de uma jurisprudência estável e segura. Intrinsicamente, se extrai a margem de distinção e superação da teoria dos precedentes, papel plenamente aplicável a ela. Creio que fora dos casos de superação ou distinção, deva o Defensor Público, pautado em sua independência funcional, se valer da prerrogativa prevista nos arts. 44, I; 89, I ou 128, I da LC n. 80/94 e deixar de patrocinar a ação ou recurso em virtude do seu manifesto descabimento, já que, em última análise, a jurisprudência pacificada e não contestada deve ser observada.

Neste contexto, se o recurso pode agravar o estado econômico de quem é assistido pela Defensoria Pública, como na hipótese de haver tese fixada no sistema de precedentes em sentido contrário àquele que se pretende ver reconhecido, deve-se ter prudência no exercício da atividade defensorial[449].

6. REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao

449. Caio Paiva defende a possibilidade de recusa por parte do Defensor Público em interpor recurso quando não for hipótese de provocar a superação ou a não aplicação do precedente no caso concreto, senão vejamos: "[...] Que nem por um instante o leitor compreenda esta conclusão como uma postura *conformista* da Defensoria Pública diante da formação da jurisprudência ou como uma exortação para que os defensores públicos se *curvem* quando se depararem com precedentes contrários aos interesses de seus assistidos. Não se trata disso, e sim de admitir que o sistema de precedentes reclama uma atuação diferenciada por parte da Defensoria Pública, potencializando o atributo da *técnica*, sob pena de os defensores, a partir de petições *pro forma*, contribuírem justamente para o fortalecimento do precedente impugnado. Assim, sugere-se que, nos casos em que o defensor público entender presente um elemento com potencial para provocar a não aplicação ou mesmo a superação do precedente, que interponha, sim, o recurso, abrindo um tópico exclusivo nas *razões* para convencer o tribunal sobre a necessidade de se promover uma alteração na jurisprudência." PAIVA, Caio. A atuação da defensoria diante de um sistema de precedentes. *Genjuridico*, 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/07/14/a-atuacao-da-defensoria-diante-de-um-sistema-de-precedentes/>. Acesso em: 27 out. 2016.

sistema decisório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 240, p. 222-223, fev. 2015. DTR\2015\808.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós positivismo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 245/2015, p. 355, jul. 2015. DTR\2015\11015. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/93990>. Acesso em: 12 set. 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:<www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 12 set. 2017.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; PEIXOTO, Ravi. Flexibilidade, stare decisis e o desenvolvimento do anticipatory overruling no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 289, out. 2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, p. 10, maio 2009. DTR\2009\319.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Marcos Araújo de. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)* (livro eletrônico). Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. (Coleção Liebman).

CASTRO, Marcelo Soares. *Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Novo CPC anotado e comparado para concursos. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 193, mar. 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016. DTR\2016\19772.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v.I.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v.III.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS – ENFAM. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>. Acesso em: 23 maio 2017.

FEICHAS, Roger Vieira; SCHWARTZ, Fabio. *A Defensoria Pública como instrumento de resolução de litígios em escala*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-20/tribuna-defensoria-defensoria-publica-instrumento-resolucao-litigios>. Acesso em: 12 nov. 2017.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria pública na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GROSTEIN, Julio. *O papel da Defensoria Pública na mutação constitucional: um enfoque à luz das atribuições institucionais*. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Coord.). *Temas aprofundados Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2014. v.II.

GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Atuação da Defensoria Pública como órgão interveniente. *Conjur*, jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-26/tribuna-defensoria-atuacao-defensoria-publica-orgao-interveniente>. Acesso em: 17 set. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOUVÊA, Luís Felipe Espindola. A inconstitucionalidade das novas hipóteses de reclamação previstas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, p. 261-262, mar. 2016. DTR\2016\4318.

LEONEL, Ricardo de Barros. Intervenção do Ministério Público no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 1, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MAIA, Maurilio Casas. Expressão e instrumento do regime democrático? 'Communitas', 'Vulnerabilis et Plebis' – Algumas dimensões da missão do Estado defensor. *Empório do Direito*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/expressao-e-instrumento-do-regime-democratico-communitas-vulnerabilis-et-plebis-algumas-dimensoes-da-missao-do-estado-defensor-por-maurilio-casas-maia/>. Acesso em: 17 set. 2017.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. Tribunal Pleno. IRDR nº 1689-69.2015.8.10.0044 (17.015/2016 - São Luís). Rel. Des. Velten Pereira, j. em 25/05/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. II.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TTEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 283-331, maio 2015. DTR\2015\7913.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa, 215. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <www.proview.thomsonreuters.com>. Acesso em: 27 out. 2017.

OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. *Nova técnica de julgamento de casos repetitivos à luz do novo Código de Processo Civil*: o incidente de resolução de demandas repetitivas. 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 210, p. 63-80, abr./jun. 2016.

PAIVA, Caio. A atuação da Defensoria diante de um sistema de precedentes. *Genjurídico*, jul. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/07/14/a-atuacao-da-defensoria-diante-de-um-sistema-de-precedentes/>. Acesso em: 27 out. 2016.

PAIVA, Caio. Defensor Público pode ser proibido de sustentar alguma tese?. *Conjur*, jan. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-05/tribuna-defensoria-defensor-publico-proibido-sustentar-alguma-tese>. Acesso em: 18 out. 2017.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 253, p. 33-55, mar. 2016. DTR\2016\4310.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública*: fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

ROGER, Franklyn; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHWARTZ, Fabio. A Defensoria Pública e a proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo. *Conjur*, jul. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jul-19/protecao-hipervulneraveis-mercado-consumo>. Acesso em: 27 ago. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria. *Conjur*, out. 2015 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-27/tribuna-defensoria-promocao-direitos-humanos-funcao-moderna-defensoria>. Acesso em: 20 out. 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Defensoria Pública hoje tem papel de 'amiga' do ordenamento jurídico. *Conjur*, ago. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/tribuna-defensoria-defensoria-publica-hoje-papel-amiga-ordenamento-juridico>. Acesso em: 28 out. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. O Código de Processo Civil e os novos instrumentos postos a disposição da Defensoria Pública – A atuação institucional de índole objetiva e subjetiva na uniformização da jurisprudência. In: *Livro de Teses e Práticas Exitosas*. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos (Conadep).

Curitiba, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/25711/Franklyn_Roger_Alves_Silva.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Novo CPC prevê atuação da Defensoria em ação possessória multitudinária*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-11/tribuna-defensoria-defensoria-publica-hoje-papel-amiga-ordenamento-juridico>. Acesso em: 11 out. 2017.

SILVA, Jamyl de Jesus. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil*: segurança jurídica e legitimidade democrática das decisões judiciais no Estado Constitucional de Direito. 2013. 175f. Dissertação (Metrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 298, set. 2014. DTR\2015\11095.

CAPÍTULO XXII RECURSOS

RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Helio Antunes Carlos

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo abordar as principais modificações implementadas no sistema recursal pelo novo Código de Processo Civil.

Todavia, antes de se adentrar a análise do Título II do Livro III da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, propriamente dito, cumpre ressaltar que não se trata de uma mera reforma do diploma anterior, mas de uma verdadeira reestruturação do processo de acordo com o paradigma do "formalismo valorativo"[1], introduzido com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, cumpre observar que, pela primeira vez, o Código de Processo Civil traz um Livro específico para as normas fundamentais e para a aplicação das normas processuais, onde consagra expressamente princípios indispensáveis à orientação da atividade do intérprete, dentre os quais merece destaque o Princípio da Duração Razoável do Processo, da Primazia da Decisão de Mérito, da Efetividade, da Boa-fé, da Cooperação, da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Legalidade, da

1. "... Revelado está que o processo civil não é um fim em si mesmo. É justamente essa mensagem que decorre do "formalismo-valorativo". A forma serve como garantia, e não amarra da justiça. Nesse sentido, demonstra-se imprescindível a percepção de que todo o movimento de reforma do Código de Processo Civil está indo ao encontro da efetividade processual, e, para tanto, superando antigos dogmas da visão estreita de segurança jurídica. Essa é a ideologia por trás do novo direito processual civil. Se o processo não é mera técnica, simples forma, mas é, ao contrário, "formalismo valorativo", deve então ser conformado dentro da ideologia propugnada pelo sistema, não podendo ocorrer interpretação restritiva de dispositivos jurídicos para limitar a sua prática." (ZANETI JÚNIOR. Hermes. A Constitucionalização do Processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014. p. 47)

Publicidade, da Eficiência, do Contraditório, da Fundamentação das Decisões e da Proibição de Decisão Supresa.

Verifica-se um evidente abandono de um sistema publicista em favor de um sistema cooperativo de processo, no qual *"todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"* (CPC-2015, art. 6°). Note-se que o dever de cooperação não se limita ao autor e ao réu e abrange todos os sujeitos do processo, inclusive, o próprio magistrado, que assume uma posição simétrica em relação às partes, na condução do processo.

Assim, o novo Código de Processo Civil deve ser lido e interpretado de acordo com os novos parâmetros que foram adotados expressamente pelo legislador.

1.1. DOS PRINCÍPIOS

a. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A conceituação do Princípio do Duplo Grau de Jurisdição sempre suscitou discussões na doutrina e jurisprudência em razão da controvertida natureza jurídica de garantia constitucional, bem como da divergência acerca da exigibilidade de que o segundo exame seja realizado ou não por órgão hierarquicamente superior.

Nesse sentido, há quem sustente que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição está consagrado de forma implícita no Princípio do Devido Processo Legal (CRFB, art. 5°, LIV), apresentando-se como uma decorrência lógica da organização hierarquizada dos Tribunais, na forma estabelecida pela Constituição Federal, além de estar inscrito na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8°, §2°, letra h) – Pacto de São José da Costa Rica.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal já havia firmado entendimento negando a natureza constitucional do Duplo Grau de Jurisdição[2], antes mesmo do advento da Emenda Constitucional n° 45, que passou a admitir a incorporação de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos como emendas constitucionais, desde que aprovadas, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (CRFB, art. 5°, §3). Tal posição não sofreu alteração após a promulgação da Emenda Constitucional n.° 45. Primeiro, porque o Pacto de São José da Costa Rica, norma de caráter supralegal[3], foi incorporado ao nosso ordenamento anteriormente à emenda constitucional[4]. Em segundo lugar, porque o Pacto de São José da Costa Rica prevê o duplo grau de jurisdição como uma garantia

2. AI 209.954-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-9-1998, Segunda Turma, DJ de 4-12-1998.

3. RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, DJE de 5-6-2009, com repercussão geral.

4. RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-3-2000, Plenário, DJ de 22-11-2002.); AI 601.832-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-3-2009, Segunda Turma,

consagrada no direito processo penal, sendo certo que, no Processo Civil, esta garantia não é reconhecida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos e pela jurisprudência internacional, pelo caráter discricionário do acesso às instâncias superiores assumido nos países de *common law*[5].

Nesse sentido, a lei poderia deixar de prever, ou até mesmo proibir, o acesso a uma nova instância (*v.g.* art. 34 da Lei n.° 6.830/1980, que veda a interposição de apelação em razão da alçada), ou mesmo permitir que a questão seja conhecida de forma originária pelo juízo *ad quem*, sem que o juízo *a quo* tenha se manifestado sobre a matéria (arts. 1.013, §3°[6] e 1.014, do CPC/2015[7]). Também não se pode olvidar das hipóteses de competência originária dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, onde sequer existe um tribunal hierarquicamente superior.

A partir dessas premissas, cumpre estabelecer a possibilidade de afastamento do duplo grau por convenção processual, uma vez que este não possui natureza constitucional, bem como por não haver lógica na admissão da exclusão total da atividade cognitiva da jurisdição estatal através da cláusula compromissória de arbitragem, e não admitir a exclusão parcial, suprimindo a possibilidade de interposição de recurso, que se apresenta apenas como um prolongamento do direito de ação. Nesse sentido, valiosa a lição de OLIVEIRA[8]:

> No direito português, o art. 632 do Código de Processo Civil (Lei n. 41/2013) dispõe que "é lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes". Na França, o art. 41 do Code de procédure civile possibilita a renúncia convencional à apelação, em se tratando de direitos disponíveis, constituindo, segundo Cadiet, mais uma ilustração de acordos processuais. Já há inclusive na doutrina brasileira manifestações no sentido de possibilitar o "pacto de não recorrer ou acordo de instância", consistindo num acordo celebrado entre as partes apto a excluir o procedimento recursal, fazendo com que a demanda tramite em instância única. Na Alemanha, doutrina e jurisprudência conferem validade e eficácia à convenção processual em que as partes se comprometem a desistir de re-

DJE de 3-4-2009; HC 88.420, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 17-4-2007, Primeira Turma, DJ de 8-6-2007.

5. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. III. p.11

6. Art. 1.013 [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

7. Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

8. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 576-577

curso já interposto, viabilizando que o órgão ad quem, mediante provocação, inadmita o recurso.

No mesmo sentido, SIQUEIRA e LIPIANI lecionam que o recurso é remédio voluntário, que consubstancia direito potestativo processual e admite, inclusive, a renúncia unilateral, por força do art. 999[9], razão pela qual as partes podem celebrar convenção processual para excluir o duplo grau de jurisdição, ou apenas a segunda ou terceira instância[10].

b. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

O CPC/1939 consagrava expressamente o Princípio da Fungibilidade em seu art. 810, nos seguintes termos: *"Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento"*.

O CPC/73 não continha regra expressa nesse sentido. Todavia, Nelson Nery Júnior defendia a sua subsistência no ordenamento jurídico, visto que a própria Exposição de Motivos do CPC/1973 fazia menção expressa a tal princípio, permitindo a conclusão de que a regra do art. 810 do CPC/1939 somente não foi repetida pela falta de necessidade, em razão da "simplificação" do sistema processual. Desse modo, o Princípio da Fungibilidade subsistiria em nosso ordenamento, sendo exigível a presença de três requisitos para a sua aplicação: (1) dúvida objetiva sobre qual o recurso cabível, (2) inexistência de erro grosseiro e (3) interposição do recurso no menor prazo.[11]

Com o advento do CPC/2015, tal princípio subsiste no nosso ordenamento jurídico como decorrência lógica dos princípios da boa-fé, da instrumentalidade das formas e da primazia da decisão de mérito. Nesse sentido, o FPPC editou o Enunciado n.° 104, segundo o qual, "o princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício".

Não se pode olvidar que o §5° do art. 1.003 do CPC/2015 estabeleceu que, "excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias", implementando uma quase que total unificação dos prazos recursais. Assim, o requisito da interposição do recurso no menor prazo somente teria relevância em relação aos embargos de declaração, que, inclusive, já possui regra expressa de fungibilidade em relação ao agravo interno, consagrada pelo próprio legislador no §3° do art. 1.024 do CPC/2015.

9. Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.
10. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 601-604
11. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 139-170

> § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

No mesmo sentido, o CPC/2015 previu regra expressa de fungibilidade entre os recursos especial e extraordinário, nos artigos 1.032 e 1.033.

> Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.
>
> Art. 1.033 Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Em recente julgado – noticiado no Informativo 613 –, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça admitiu a excepcional relativização do requisito da dúvida objetiva para autorizar a aplicação do Princípio da Fungibilidade, sem que se esteja diante de erro grosseiro, quando a interposição equivocada decorrer de ato praticado pelo órgão jurisdicional.

> O conceito de "dúvida objetiva", para a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, pode ser relativizado, excepcionalmente, quando o equívoco na interposição do recurso cabível decorrer da prática de ato do próprio órgão julgador.
>
> (EAREsp 230.380-RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por unanimidade, julgado em 13/09/2017, DJe 11/10/2017)

Ponto relevante a ser enfrentado diz respeito ao confronto entre o princípio da fungibilidade com o sistema de sanabilidade recursal instituído pelo novo Código de Processo, nos artigos 932, parágrafo único[12], e no art. 1.029, §3°[13].

Isto, porque poderíamos ser levados à equivocada conclusão de que os requisitos da dúvida objetiva e da inexistência de erro grosseiro teriam se tornados dispensáveis, diante do sistema de sanabilidade recursal.

Nesse sentido, Eduardo Talamini sustenta que caso seja interposto o recurso errado, mesmo quando não houver dúvida objetiva, o recorrente poderia corrigir o defeito, por consubstanciar vício de forma.

> (c) quanto ao cabimento recursal, a inadmissibilidade de recurso é insuperável: se a decisão é irrecorrível, não há o que fazer; mas se o defeito estiver na adequação recursal, parece possível aplicar-se a regra.

12. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.
13. § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

> Se a parte formulou o recurso errado, em tese é possível corrigir o defeito, que é um problema de forma, formulando o correto (alteração de denominação e outras providências formais). Note-se que, nesse caso, não se está cogitando propriamente da fungibilidade recursal, no sentido de aceitação de um recurso no lugar do outro, quando há dúvida objetiva. Aqui a questão seria apenas de correção do defeito. Por isso, para este caso, a questão da tempestividade seria relevante: o recurso precisaria ter sido interposto no prazo do recurso correto – o que no sistema do CPC tende a não ser um obstáculo, dada a uniformização dos prazos recursais;[14]

Em sentido contrário, Flavio Cheim Jorge entende insanável o vício que recai sobre o requisito intrínseco do cabimento, pois isso representaria em última análise a interposição de um novo recurso, em substituição àquele anteriormente interposto.

> Nos casos em que se tenha interposto recurso contra decisão irrecorrível, não parece haver dúvidas de que, na linha do que sustentamos, não há espaço para aplicação do art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, porque se trata de vício que compromete de modo insanável a admissibilidade. Assim, por exemplo, não vemos como possível a intimação do recorrente com base no dispositivo ora analisado quando se tenha interposto recurso contra um despacho, taxado como irrecorrível pelo art. 1.001 do CPC/2015. Ou, ainda, quando se tenha manejado agravo de instrumento contra decisão interlocutória não descrita no rol do art. 1.015 do CPC/2015, vez que, naquele momento, se trata de decisão que não comporta recurso.
>
> A situação merece uma maior reflexão, porém, em casos nos quais, sendo recorrível a decisão, o recorrente tenha se utilizado da espécie recursal inadequada para atacá-la. Nestes casos, não se pode negar que existia, inicialmente, o direito de recorrer, que, contudo, foi exercido de maneira errônea.
>
> No entanto, ainda assim, não é possível sanar esse vício. Uma vez manejado o recurso impróprio, o vício, no que diz respeito àquele recurso interposto, é insanável por parte do recorrente. Isto é: não há com o recorrente corrigir a inadequação da peça então protocolada sem a interposição de um novo recurso, o que, por óbvio, não é possível.
>
> O que pode haver, nestes casos, é a conversão de um recurso em outro por parte do órgão julgador, por aplicação do princípio da fungibilidade. Para isso, porém, devem estar presentes os requisitos específicos, sobretudo o da dúvida objetiva acerca da espécie recursal adequada, como anteriormente mencionado.[15]

14. TALAMINI, Eduardo. O Dever de Prevenção no âmbito recursal. Artigo publicado no site migalhas, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235964,101048-Dever+de+prevencao+no+ambito+recursal>. Acesso em: 19/04/2016.
15. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 237.

Em que pese o brilhantismo do primeiro autor citado, entendemos que assiste razão a Flavio Cheim Jorge, tendo-se em vista que a interposição do recurso errado não se apresenta como vício atinente à regularidade formal, e sim ao cabimento, eis que este se refere não apenas à recorribilidade da decisão, mas também à adequação do recurso à decisão impugnada.

c. PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Não se pode confundir a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (CRFB, art. 22,I)[16], com a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual (CRFB, art. 24, XI)[17]. Assim, somente a lei federal pode criar recursos, pois estes consubstanciam direitos subjetivos processuais e não apresentam natureza meramente procedimental.

Segundo o Princípio da Taxatividade, são considerados recursos apenas aqueles previstos como tais, em lei federal *numerus clausus*. Assim, não se admite a criação de recursos por lei estadual ou pelo regimento interno dos tribunais.

Nesse sentido, cumpre-se observar que o CPC/2015 previu, em seu art. 994, o cabimento dos seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Note-se que o CPC/73, em sua redação originária, previa, no inciso II do art. 496, o recurso de agravo de instrumento, que, mais tarde, foi modificado pela Lei n.° 8.950/94, que suprimiu a expressão "de instrumento", deixando apenas recurso de "agravo", com o escopo de abranger os agravos de instrumento, o retido e o regimental.

O CPC/2015 abandonou a expressão genérica de "agravo", extinguiu o agravo retido e passou a prever os recursos de agravo de instrumento, agravo interno e agravo em recurso especial ou extraordinário, respectivamente, nos incisos II, III e VIII do art. 944.

Também foi extinto o recurso de embargos infringentes, previsto no CPC/73, que foi substituído por uma técnica de ampliação do quórum de julgamento, prevista no art. 942[18].

16. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.
17. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual.
18. Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura

Por fim, apesar da obviedade, cumpre-se ressaltar que as partes não podem, através de convenção processual, criar novas modalidades de recursos além daquelas previstas em lei federal, tendo-se em vista que se trata de matéria sujeita à reserva legal, bem por se tratar de matéria afeta a competência funcional e, portanto, absoluta. O CPC/2015 apenas autorizou que as partes disponham sobre competência relativa, nos termos do art. 63, que estabelece que *"As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações"*.

d. PRINCÍPIO DA SINGULARIDADE

Segundo o princípio da singularidade, também denominado princípio da unicidade ou unirrecorribilidade, não é possível a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão, o que implica o não conhecimento do segundo recurso interposto, em decorrência da preclusão consumativa. Trata-se de princípio implícito no sistema recursal, tendo-se em vista que inexiste regra expressa nesse sentido no CPC/73 e no CPC/2015. Apenas o CPC/39 possuía disposição expressa nesse sentido, em seu art. 809[19].

No CPC/2015, o princípio decorre de uma interpretação sistemática a partir do art. 994[20], que estabelece os recursos admissíveis pelo código, e da correlação que existente entre os artigos 203[21] e 204[22], que preveem os pronunciamentos judiciais, e os artigos 1001[23], 1.009[24], 1.015[25], 1.021[26], que trazem as hipóteses de cabimento dos recursos.

componham o órgão colegiado. § 2o Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3o A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4o Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

19. Art. 809. A parte poderá variar de recurso dentro do prazo legal, não podendo, todavia, usar, ao mesmo tempo, de mais de um recurso.
20. Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.
21. Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º. § 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário.
22. Art. 204. Acórdão é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais.

As exceções que subsistem ao princípio da singularidade são a interposição simultânea de recurso especial e extraordinário – nos termos do art. 1029 do CPC/2015[27] – e o cabimento simultâneo ou sucessivo, contra a mesma decisão de embargos de declaração e de algum outro recurso. No tocante a esta última hipótese, Marinoni leciona:

> De todo modo, mesmo pensado dessa forma, a presente regra encontra exceções claras no direito brasileiro. Costuma-se apontar exceções a esse prin-

23. Art. 1.001. Dos despachos não cabe recurso.
24. Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.
25. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.
26. Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
27. Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: I - a exposição do fato e do direito; II - a demonstração do cabimento do recurso interposto; III - as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. § 1o Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. § 2º (Revogado). § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. § 4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto. § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

cípio, especialmente referentes aos embargos de declaração e à possibilidade de interposição concomitante de recurso extraordinário e de recurso especial (arts. 1.029 e 1.031). Especificamente no caso dos embargos de declaração fundados em *omissão*, vê-se a tendência da jurisprudência em entender que esse recurso é opcional, podendo a parte atacar este defeito do ato diretamente com o outro recurso eventualmente admitido (*v.g.*, a apelação). Há, portanto, neste caso, previsão, para uma mesma função, de dois recursos admitidos contra o mesmo ato: os embargos de declaração e o outro recurso admitido pela legislação (o agravo de instrumento, a apelação etc.). Ademais, o direito atual resolveu expressamente *vexata quaestio* existente no direito anterior – e que era normalmente apontada como uma exceção à regra da unirrecorribilidade: da decisão que antecipa a tutela jurisdicional na sentença cabe tão somente recurso de apelação (art. 1.013, § 5.º).[28]

e. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS*

Segundo o Princípio da Proibição da *Reformatio in Pejus*, a situação do recorrente não pode ser piorada por ocasião do julgamento do seu recurso. Assim, se há sucumbência recíproca e ambas as partes recorrem, nada obsta que a situação seja agravada por força do recurso da outra parte, no limite da matéria impugnada. O que se mostra vedado, por força deste princípio, é que a situação do recorrente seja piorada, sem que haja recurso da outra parte.

Tal princípio é implícito ao nosso sistema recursal. Segundo Barbosa Moreira, tal princípio decorreria das seguintes circunstâncias: a) se o interesse de recorrer é requisito de admissibilidade do recurso, o tribunal estaria impedido de conhecer do recurso com questão contrária ao próprio recorrente; b) se mostra incoerente inadmitir que o tribunal reaprecie a matéria quando não conhecer do recurso e admiti-lo fazer de ofício; c) a existência de recurso adesivo torna incoerente a admissibilidade da *reformatio in pejus*, pois se fosse possível piorar a situação do recorrente, independentemente de interposição de recurso adesivo pela outra parte, este recurso seria desnecessário; d) não há diferença entre a intensidade do princípio dispositivo, quanto à fixação do objeto do juízo, na primeira e na segunda instâncias.[29]

No tocante a este último argumento, cumpre-se trazer à colação o entendimento de Flavio Cheim Jorge, que defende que o princípio da vedação da *reformatio in pejus* não pode ser considerado como um princípio do nosso sistema recursal, sendo um mero desdobramento do princípio dispositivo – que é um princípio fundamental do processo, segundo o qual cabe ao arbítrio do autor definir os limites da lide, segundo a sua vontade, estando livre de quaisquer injunções da lei ou da justiça[30].

28. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2 . p. 511.

29. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol V. p. 434-436

30. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 308 a 310.

De qualquer forma, o fundamental é se ter em mente que o princípio dispositivo continua irradiando seus efeitos na fase recursal, que é, por seu turno, um prolongamento do direito de ação.

O CPC/2015 trouxe duas exceções ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*. A primeira exceção está consubstanciada na possibilidade de fixação de honorários sucumbenciais por ocasião do julgamento do recurso, por força do art. 85, §1°, segundo o qual, *"São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente"*. Tal dispositivo deve ainda ser cumulado com o §11 do art. 85 do CPC/2015, o qual dispõe que:

> § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2° a 6o, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2° e 3° para a fase de conhecimento.

Desde a égide do CPC/1973, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que *"o arbitramento dos honorários não é questão meramente processual, porque tem reflexos imediatos no direito substantivo da parte e de seu advogado"* (REsp 1.113.175-DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/5/2012, sob o rito dos recursos repetitivos. Informativo 498).

Assim, diante da natureza mista dos honorários advocatícios, poderiam surgir dúvidas acerca da possibilidade de arbitramento de honorários, em sede recursal, em processo ajuizado antes da entrada em vigor do CPC/2015. Todavia, tal questão pode ser decidida através da mesma *ratio decidendi* do REsp 1.636.124-AL, noticiado no Informativo STJ n.° 602, no qual ficou assentado que: "Os honorários advocatícios nascem contemporaneamente à sentença e não preexistem à propositura da demanda, devendo observar as normas do CPC/2015 nos casos de decisões proferidas a partir de 18/3/2016".

Cumpre se observar que a Súmula 45 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que: "No reexame necessário, é defeso ao Tribunal agravar a condenação imposta à Fazenda Pública". Tal entendimento subsiste íntegro, porquanto o reexame necessário não é recurso, e, sim condição de eficácia da sentença, não havendo a incidência do princípio da voluntariedade.

A segunda exceção diz respeito à possibilidade de o tribunal conhecer de matéria decidida de forma favorável ao recorrente no curso da fase de conhecimento, em decorrência de pedido formulado nas contrarrazões do recorrido, sem que este apresente qualquer recurso, com fundamento no §1° do art. 1.009, que dispõe que

> §1° As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão

e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Nessa hipótese, a parte que teve uma decisão desfavorável no curso do processo veio a sair vitoriosa, por ocasião da prolação da sentença, ficando impedida de apresentar recurso de apelação ou recurso adesivo, tendo-se em vista que não foi sucumbente. Por força do §1° do art. 1.009, a questão poderá ser conhecida pelo tribunal, por força de pedido formulado nas contrarrazões recursais, podendo piorar a situação do recorrente, sem que tenha havido recurso da outra parte.

Outra questão que merece atenção diz respeito às matérias que poderiam ser conhecidas de ofício. O chamado efeito translativo (ou profundidade do efeito devolutivo) dos recursos, segundo o qual determinadas questões chegam ao conhecimento do tribunal independentemente de alegação por parte do recorrente ou do recorrido.

Durante a vigência do CPC/73, o efeito translativo do recurso tinha seu principal fundamento de existência no art. 516, que dispunha que *"Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas"*, referindo-se especificamente àquelas questões sobre as quais a preclusão não se opera, devendo ser conhecidas de ofício, sem que isso implique ofensa ao princípio dispositivo, e ainda que isso implique solução desfavorável àquele que recorre[31].

Tal dispositivo não encontra correspondente no CPC/2015. Todavia, isto não quer dizer que o efeito translativo tenha desaparecido do nosso sistema recursal. Nesse sentido, cumpre observar que o CPC/2015 estabelece expressamente, no §3° do art. 485[32], que os pressupostos processuais, a perempção, a litispendência, a coisa julgada, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a superveniência da morte da parte, em ação intransmissível, deverá ser conhecida de ofício, em qualquer grau de jurisdição, enquanto não houver o transito em julgado.

2. JUÍZO DE MÉRITO E JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O juízo de mérito do recurso não se confunde com o mérito do processo (objeto do processo), visto que aquele se apresenta como a questão sujeita ao efeito devolutivo, decorrente da postulação formulada pelo recorrente no

31. ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 1014 -1015. Cumpre salientar que referidos autores tratam do art. 516 do CPC/73 como dispositivo afeto ao efeito devolutivo.

32. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

próprio recurso de reforma ou anulação da decisão. Assim, um recurso que objetive, por exemplo, uma anulação da sentença em razão de um vício na citação tem um objeto absolutamente distinto da questão de direito material controvertida.

Ainda sob a égide do CPC/73, Marcelo Abelha lecionava que, por inspiração do conceito de Carnelutti, o Código Buzaid identificava a lide como objeto do processo[33]. Todavia, com a entrada em vigor do CPC/2015, a doutrina tem firmado posicionamento no sentido de que o mérito do processo se identifica com todas as questões fático-jurídicas formuladas na causa de pedir e no pedido.

> Vencida a análise dos pressupostos processuais, tem o juiz no procedimento comum de examinar o *mérito da causa*. No Código Buzaid, o conceito de mérito correspondia ao conceito de lide - especificamente, ao conceito de lide processual. O Novo Código não emprega mais do conceito de lide para caracterização do mérito da causa.
>
> A *causa* é constituída pelas *partes*, pela *causa de pedir* e pelo *pedido* (art. 337, § 2.°). Se o demandado na defesa apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor (isto é, oferece apenas *defesa direta)*, não há qualquer ampliação da causa. Se, no entanto, também alega fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (isto é, formula *defesa indireta)*, então a causa se amplia objetivamente. O mesmo ocorre se o demandado oferece *reconvenção* (art. 343).
>
> O mérito da causa é constituído pela causa de pedir, por eventual defesa indireta alegada pelo demandado e pelo pedido. Julgar o mérito, portanto, significa apreciar as alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes na causa de pedir e na defesa e a partir daí julgar procedente ou improcedente, no todo ou em parte, o pedido formulado (arts. 141 e 490).[34]

Igualmente, não se confundem o juízo de mérito do recurso e o juízo de admissibilidade. Este é questão preliminar afeta à validade do ato jurídico, que deve ser analisada previamente àquele. Nesse sentido, não se pode olvidar que o art. 938 do CPC/2015 dispõe que "A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão"

Apesar da questão se mostrar aparentemente simples, pode surgir dúvida no tocante aos recursos de fundamentação vinculada. A título de exemplo, basta se imaginar a interposição de embargos de declaração em razão de suposta obscuridade da sentença. Caso o julgador, ao analisar o recurso, entenda que não há obscuridade a ser sanada, seria caso de improcedência ou de não conhecimento do recurso?

33. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 196.

34. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 1 p. 555 e 556.

Barbosa Moreira sustenta que o "recorrente precisa *invocar* o erro indicado como relevante (ou algum deles, se há mais de um), para que o recurso *caiba*, e precisa *demonstrar-lhe* a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso *proceda*"[35].

Acerca do tema, valiosa a lição de Flavio Cheim Jorge, que esclarece que não basta a mera alegação da hipótese de cabimento do recurso, sendo indispensável a análise e a verificação em concreto para viabilizar o julgamento do mérito recursal.

> Pensamos que a alegação é apenas a primeira etapa para que o recurso seja admitido. Imprescindível também se torna a análise da alegação e, por fim, a sua verificação em concreto. Somente quando presentes essas três fases é que se pode falar, propriamente, no julgamento de mérito do recurso.
>
> [...]
>
> O mesmo se dá, por exemplo, diante da interposição de embargos de declaração contra a sentença, sob o fundamento de ter havido omissão quanto à apreciação de uma causa de pedir constante da petição inicial. Em tal caso, somente haverá julgamento de mérito dos embargos se realmente a mencionada causa de pedir fizer parte da petição inicial. Se não tiver sido mencionada, o juiz, ao analisar a alegação, não admitirá os embargos, pois o pressuposto fático descrito pelo recorrente é incorreto. Não haverá assim a verificação em concreto da omissão.[36]

Ponto relevante a ser analisado afeto ao juízo de admissibilidade, é a modificação implementada pelo CPC/2015 no tocante ao órgão competente para realizá-lo.

O recurso de apelação, em princípio, passa a ter a sua admissibilidade analisada apenas pelo tribunal, por força do §3° do art. 1.010, que dispõe que, após as formalidades "[...] os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade"[37].

Diz-se, "em princípio", porque há hipóteses em que o juízo *a quo* realiza juízo de admissibilidade da apelação, como nos casos do art. 331[38] (recurso contra indeferimento da inicial) e do art. 332, §3°[39] (recurso contra decisão de improcedência liminar do pedido), haja vista que se o juiz pode exercer juízo

35. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol V. p. 253.

36. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 100.

37. § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

38. Art. 331. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se.

39. Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...] § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

de retratação – análise do mérito do recurso –, por óbvio, pode fazer a análise da matéria que lhe é preliminar.

Todavia, deve-se ressaltar que, sob nenhuma hipótese, o juiz está autorizado a rejeitar o recurso, caso verifique a ausência dos requisitos de admissibilidade. Apenas o órgão *ad quem* detém competência funcional para realizar o juízo negativo de admissibilidade.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado 293, segundo o qual "Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo *a quo* retratar-se".

Primeiramente, cabe se esclarecer a razão pela qual o enunciado deve se restringir ao requisito da tempestividade e não aos demais requisitos de admissibilidade. Em que pese doutrinariamente se sustente que o juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, tem natureza declaratória[40], não é esta a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou posicionamento no sentido de que o juízo de admissibilidade positivo tem conteúdo declaratório, enquanto o juízo negativo de admissibilidade tem natureza constitutiva negativa, salvo em relação à decisão que reconhece a intempestividade que tem natureza declaratória[41].

Tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, por óbvio, tem repercussão em relação ao juízo de retratação que, como já referido, é juízo de mérito, e somente pode ser realizado após ultrapassada a fase do juízo de admissibilidade.

Entretanto, carecendo o juiz de competência funcional para realizar juízo de admissibilidade, e tendo este, quando negativo, natureza desconstitutiva, a única solução possível é reputar o ato de interposição do recurso existente e válido, passando-se à análise de seu mérito, salvo quando se tratar de intempestividade, pois a decisão que a reconhece tem natureza declaratória.

Assim, se a decisão que reconhece a intempestividade tem natureza declaratória, por óbvio, o juízo *a quo* pode verificar que o trânsito em julgado já ocorreu, o que lhe cria óbice ao juízo de retratação.

Por esta razão, o referido enunciado se mostra acertado quando enuncia que o juízo *a quo* não pode se retratar quando o recurso for intempestivo, devendo remeter os autos para o juízo *ad quem*, visto que este é o órgão com competência funcional para realizar o juízo de admissibilidade.

40. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol V. p. 264; NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 266.

41. [...] 1. O trânsito em julgado de uma decisão afere-se pelo exaurimento dos recursos cabíveis ou pelo decurso in albis dos prazos para sua interposição. 2. A teor da jurisprudência desta corte, o juízo negativo de admissibilidade do recurso, salvo quanto à intempestividade, opera efeito ex nunc, ocorrendo o trânsito em julgado com a preclusão da oportunidade para interposição de qualquer recurso contra o último pronunciamento judicial. [...] (STJ; AgRg-AREsp 605.663; Proc. 2014/0278022-9; MT; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 23/04/2015)

Por outro lado, calha salientar que não há coerência em se restringir a aplicabilidade deste enunciado apenas aos casos de indeferimento da inicial (art. 331, CPC/2015) e de sentença de improcedência liminar do pedido (art. 332, §3º, CPC/2015), devendo tal enunciado ser aplicado em relação a outras hipóteses em que o recurso é dotado de efeito regressivo ou juízo de retratação. Portanto, tal enunciado também deve ser aplicado nas hipóteses de apelação contra sentença que extingue o processo sem julgamento do mérito (art. 485, §7º, CPC/2015)[42], de interposição de agravo de instrumento (art. 1.018, §1º, CPC/2015)[43], de agravo interno (art. 1.021, §2º, CPC/2015)[44] e de agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1042, §4º, CPC/2015)[45].

Exceção a esta regra diz respeito ao juízo de retratação existente nos recursos especial e extraordinário, quando o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido verificar que o acórdão impugnado divergir de entendimento firmado pelo STF e pelo STJ, exarados nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos (art. 1040, II, CPC/2015)[46]. Nessa hipótese, o presidente ou vice-presidente do tribunal deve remeter os autos para o órgão recorrido para viabilizar o juízo de retratação.

Ocorre que, nessa hipótese, o presidente ou vice-presidente do tribunal somente deve remeter os autos para o órgão prolator da decisão após realizar o juízo de admissibilidade. Assim, em nenhuma hipótese, nem mesmo em caso de intempestividade, o juízo recorrido pode deixar de exercer o juízo de retratação, pois tal requisito de admissibilidade já foi analisado por órgão que lhe é superior.

Cumpre esclarecer que o órgão recorrido não está obrigado a se retratar. A remessa dos autos pelo presidente ou vice-presidente não lhe vincula no mérito, dado que estes não têm competência funcional para analisar o mérito, mas apenas para examinar a admissibilidade.

Não se pode olvidar que o CPC/2015 previa originalmente o juízo único de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário pelo tribunal superior. A Lei nº 13.256/2016 reestabeleceu a competência funcional do tribunal recorrido para a realização do juízo de admissibilidade dos recursos especial

42. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

43. § 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

44. § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

45. § 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

46. II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

e extraordinário, modificando a redação do art. 1.030[47] do CPC/2015, que determinava que a remessa dos recursos "dar se á independentemente de juízo de admissibilidade".

Portanto, em sua redação originária, o CPC/2015 havia extinto o duplo juízo de admissibilidade em relação a todos os recursos, salvo nas hipóteses em que há juízo de retratação e em relação aos embargos de divergência, visto que em relação a este recurso o código transferiu ao respectivo tribunal superior a competência para fixar o seu procedimento através do regimento interno, nos termos do art. 1.044[48].

Atualmente, relator e colegiado estão autorizados a realizar o juízo de admissibilidade do recurso, nos termos dos artigos 335[49] e 266-C[50], respectivamente dos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que estabelecem uma divisão funcional de competência para a realização do juízo de admissibilidade.

O recurso de embargos de declaração também possui juízo único de admissibilidade, pois o seu processamento e julgamento são realizados pelo próprio órgão recorrido.

Por fim, não se pode ignorar que o CPC/2015 apresenta sistemática bem distinta do CPC/1973, no tocante à disciplina da preclusão e do julgamento das matérias que devem ser conhecidas de ofício, porque por força dos artigos

47. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade. (REDAÇÃO ORIGINAL REVOGADA)/ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: [...] V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: [...] (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

48 Art. 1.044. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

49. Art. 335. Interpostos os embargos, o Relator abrirá vista ao recorrido, por quinze dias, para contrarrazões. § 1º Transcorrido o prazo do caput, o Relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso. § 2º Da decisão que não admitir os embargos, caberá agravo, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso.

50. Art. 266-C. Sorteado o relator, ele poderá indeferir os embargos de divergência liminarmente se intempestivos ou se não comprovada ou não configurada a divergência jurisprudencial atual, ou negar-lhes provimento caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema.

10[51], 927, §1º[52] e 933[53] do CPC/2015, é vedado ao julgador proferir decisão com fundamento a respeito do qual não tenha se dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria que deva conhecer de ofício, tal como os requisitos de admissibilidade.

Desse modo, não pode o julgador deixar de conhecer do recurso por falta de requisito de admissibilidade, sem antes oportunizar ao recorrente se manifestar acerca do vício e saná-lo, quando possível, por força do disposto nos artigos 932, parágrafo único[54], 938, §1º[55] e 1.029, §3º[56] do CPC/2015.

A sanabilidade dos vícios que caem sobre cada um dos requisitos de admissibilidade serão analisados, por ocasião do estudo dos requisitos de admissibilidade. Contudo, desde já, deixa-se claro que o art. 932, parágrafo único, estabeleceu uma cláusula geral de sanabilidade que deve ser aplicada a todos os recursos, inclusive, em relação aos recursos especial e extraordinário, que a despeito de possuírem regra específica de sanabilidade (art. 1.029, §3º CPC/2015), devem ter a aplicação subsidiária desta cláusula geral.

Acerca do tema, JORGE e SIQUEIRA lecionam que a expressão "vício grave" presente no art. 1.029, §3º pode gerar dificuldades interpretativas, razão pela qual, para uma correta exegese, deve se levar em conta o histórico do processo legislativo, tendo-se em vista que o legislador não objetivou dificultar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário, eis que a regra do art. 1.029, §3º precedeu a regra do art. 932, parágrafo único, que deve ser aplicada subsidiariamente.

> O intuito deste breve histórico foi, apenas, o de demonstrar que, na linha do que afirmamos, o objetivo por trás da norma que consta do atual art. 1029, §3º. nunca foi o de restringir a admissibilidade dos recursos excepcionais se comparada a dos recursos ordinários. Isto é: a ideia que animou a sua criação não foi a de afastar dos recursos extraordinário ou especial a norma geral constante do art. 932, parágrafo único, impedindo a correção de *vícios graves* neles contidos, justamente porque, à época, esta última regra ainda não havia sido inserida no projeto.
>
> Na verdade, como se extrai da narrativa acima realizada, o que ocorreu foi que, ao longo da tramitação legislativa, foi inserida a norma geral que consta do art. 932, parágrafo único, sem que houvesse sido alterada – ou suprimida, como nos pareceria mais adequado – a que consta do art. 1029, §3º.
>
> Tal fato, todavia, na linha do que se disse, não pode levar a uma interpretação que resulte em *prejuízo* à admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, justamente porque, como ficou demonstrado, a intenção do dispositivo era, inicialmente, a de dar a estes um regime jurídico ainda mais benéfico que o dos recursos ordinários, levando-se em consideração o interesse público que seu julgamento traria, sobretudo em virtude da possibilidade da formação de precedente vinculante.
>
> Em outras palavras, o fato de o STF ou o STJ – nos termos do art. 1029, §3º. – *reputar grave* um determinado vício *não pode impedir*, de forma alguma, que, sendo este sanável, o relator aplique a regra constante do art. 932, parágrafo único, possibilitando ao recorrente que corrija o defeito. Caso contrário, utilizar-se-ia uma norma cujo escopo é *favorecer a admissibilidade do recurso* em prejuízo desta, traindo, com isso, a intenção por trás do dispositivo.
>
> Em suma: diante de um recurso extraordinário ou especial tempestivo, que contenha defeito de forma, deve o STF ou o STJ, inicialmente, verificar se a hipótese é de vício (i) *não grave*, caso em que poderá, nos termos do art. 1029, §3º, (i.1) *desconsiderar o vício*, ou (i.2), *determinar sua correção*. Caso contrário, isto é, (ii) reputando *grave* o vício, deve ser aplicado o art. 932, parágrafo único, sendo *oportunizada a correção do defeito* no prazo de cinco dias.[57]

Portanto, deve-se firmar a premissa de que, caso o vício do recurso seja sanável, sempre deverá ser oportunizado ao recorrente o afastamento do vício, primando-se pelo julgamento do mérito e evitando-se a indevida rejeição do recurso, por conter este um vício supostamente tachado de "grave", em contrariedade ao disposto no capítulo das normas fundamentais. Assim, somente deve ser considerado como grave aquele vício que não admite sanabilidade.

3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Atualmente, a classificação dos requisitos de admissibilidade dos recursos mais aceita pela doutrina é aquela que divide os requisitos em intrínsecos e extrínsecos, conforme sugerido por BARBOSA MOREIRA.

---

51. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.
52. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
53. Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.
54. Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.
55. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.
56. § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

---

57 JORGE, Flavio Cheim e SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A aplicabilidade do art. 932, parágrafo único, do novo CPC aos recursos extraordinários e especial: confronto com o art. 1.029, §3º, disponível em [http://portalprocessual.com/a-aplicabilidade-do-art-932-paragrafo-unico-do-novo-cpc-aos-recursos-extraordinario-e-especial-confronto- com-o-art-1-029-%C2%A73o/]. Acessado em 07.05.2016

"Os requisitos de admissibilidade dos recursos podem classificar-se em dois grupos: requisitos *intrínsecos* (concernentes à própria existência do poder de recorrer) e requisitos *extrínsecos* (relativos ao modo de exercê-lo). Alinham-se no primeiro grupo: o cabimento, a legitimação para recorrer, o interesse em recorrer e a inexistência de fato impeditivo (*v.g.*, o previsto no art. 881, caput, fine) ou extintivo (*v.g.*, os contemplados nos arts 502 e 503) do poder de recorrer. O segundo grupo compreende: a tempestividade, a regularidade formal e o preparo."[58]

Cumpre esclarecer que apesar de Nelson Nery Júnior adotar a mesma divisão – em requisitos intrínsecos e extrínsecos –, este autor acaba por classificar, como requisito extrínseco do recurso[59], a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Tal diferença se deve, porque, não obstante ambos os autores adotem classificações com a mesma nomenclatura, eles firmam premissas diversas acerca do conteúdo de cada categoria. Enquanto BARBOSA MOREIRA se vincula ao poder (intrínseco) e ao modo (extrínseco) de recorrer, NERY JUNIOR utiliza a "decisão" como paradigma, de modo que os requisitos intrínsecos "são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada"[60], enquanto os requisitos "extrínsecos" são aqueles que dizem respeito "aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar"[61].

Em que pese o brilhantismo deste último autor, a classificação de BARBOSA MOREIRA se mostra mais adequada, porquanto uma classificação dos requisitos de admissibilidade dos recursos deve ter como premissa o próprio recurso, eis que são os seus requisitos que estão sendo tratados, não se mostrando adequada uma classificação que adote um parâmetro externo ao próprio recurso.

Há, ainda, outras classificações como as defendidas por Greco Filho[62], que divide os requisitos em objetivos (cabimento, adequação, tempestividade, regularidade procedimental e inexistência de fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer), relacionados ao recurso propriamente dito, e subjetivos (legitimidade e interesse), relacionados às partes do recurso, bem como a sugerida por CÂMARA[63], que divide os requisitos de admissibilidade em condições

58. MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil. 11ª ed. Forense Rio de Janeiro p. 262/263
59. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 273
60. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 273
61. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 274
62. GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. II, p. 272-273
63. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 60-61

processuais, pressupostos processuais e impedimentos recursais, estabelecendo um paralelo com as condições da ação, os pressupostos processuais e os impedimentos processuais.

Permissa vênia, entendo que esta última classificação não pode mais ser adotada diante do abandono da categoria das condições da ação pelo CPC/2015[64].

Apesar da classificação que divide os requisitos de admissibilidade em objetivos e subjetivos não apresente qualquer prejuízo ou vantagem, adotamos a classificação de BARBOSA MOREIRA, por acreditar que a identificação da vinculação dos requisitos de admissibilidade ao poder e ao modo de recorrer pode auxiliar a atividade do intérprete por ocasião da análise sanabilidade ou não do vício que recair sobre os requisitos de admissibilidade.

A. CABIMENTO

O requisito do cabimento está ligado a duas circunstâncias. A primeira diz respeito à recorribilidade da decisão, visto que caso a decisão não seja recorrível não haverá o cabimento de recurso algum. A segunda circunstância concerne à correta utilização de um recurso, previsto em lei federal. Não há necessidade de que o recurso esteja no próprio CPC/2015, mas é indispensável que o recurso esteja previsto em lei federal, como os embargos infringentes da Lei nº 6.830/80 e o recurso inominado da Lei n.º 9.099/95.

No tocante à recorribilidade da decisão, o CPC/2015 adotou o princípio da singularidade, estabelecendo uma correlação entre a decisão proferida e o recurso cabível.

Inclusive, convém observar que o CPC-2015 procedeu à correção da terminologia adotada pelo CPC-1973, que, equivocadamente, enunciava no revogado art. 162 que *"os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos"*. Data vênia, as sentenças, as decisões interlocutórias e os despachos não são os únicos atos praticados pelo juiz, que pratica outros atos que lhe são próprios, como a oitiva de uma testemunha.

Desse modo, correta é a opção do CPC-2015 de modificar a terminologia para enunciar, no art. 203, que *"os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos"*, visto que os "pronunciamentos do juiz" são espécies do gênero "atos do Juiz". Enuncia ainda, no art. 204, os acórdãos como o "[...] julgamento colegiado proferido pelos tribunais".

Houve uma omissão do legislador no tocante à decisão monocrática proferida pelo relator dos Tribunais. Entretanto, o relator possui competência definida em lei para proferir pronunciamentos, inclusive, de cunho decisório.

64. CUNHA, Leonardo José Carneiro. Será o fim da categoria condições da ação? Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr e Alexandre Freitas Câmara. Revista de Processo. São Paulo: RT, agosto 2011, v.198. p. 227-235

Nesse sentido, impende observar que o CPC/2015 previu, em seu art. 994, o cabimento dos seguintes recursos, cabíveis contra sentenças, decisões interlocutórias, acórdãos e decisões monocráticas: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência. Demais disso, o art. 1.001 dispõe expressamente que "dos despachos não cabe recurso".

Considerando que o cabimento está ligado a duas circunstâncias, cabe se analisar a sanabilidade do vício que pode recair sobre cada uma delas.

Quanto à primeira, que diz respeito à recorribilidade da decisão, tem-se que interposto recurso contra decisão irrecorrível, por óbvio, o vício é insanável, devendo o recurso ser rejeitado.

No tocante à correta utilização de um recurso contra uma decisão recorrível, remetemos o leitor ao que foi dito por ocasião da abordagem do princípio da fungibilidade. Nesse momento, apenas se reafirma que o vício que recai sobre o cabimento, por se referir ao próprio poder de recorrer é insanável, salvo quando puder haver a incidência do Princípio da Fungibilidade. Não se pode olvidar que o novo código ampliou objetivamente a incidência deste princípio ao prever a fungibilidade entre os embargos de declaração e o agravo interno (§3° do art. 1.024 do CPC/2015) e entre o recurso especial e o extraordinário (artigos 1.032 e 1.033), muito mais com um objetivo de combater hipóteses clássicas de jurisprudência defensiva do que por reconhecer a existência do requisito da dúvida objetiva.

B. LEGITIMIDADE

O art. 996 dispõe que "o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica".

WAMBIER leciona que "parte" é aquela que integra o polo ativo ou passivo da ação. "Terceiro" é um "contraconceito" de parte. Quem integra o polo ativo ou passivo da ação é considerado parte. Caso não integre qualquer dos polos é terceiro[65].

> Também é terceiro recorrente aquele que foi excluído do processo em que era parte, e recorre (como terceiro) desta decisão. Isto porque, a legitimidade ad causam não se confunde com a legitimidade ad processum para recorrer (cf., STJ, 4ª T., REsp 696.934/PB, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 15.05.2007, DJ 04.06.2007, 04.06.2007, p. 358. V., também TRF-3, 2ª T., AC 2800035, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, j. 31.10.2006, DJU 24.11.2006).
>
> É interessante ressaltar que é parte mesmo a parte ilegítima, desde que esteja no processo, no lugar daquele que seria parte legítima, se a parte fosse, pois que, este, que seria parte legítima, estando fora do processo, não é parte, é terceiro. O conceito de parte é, pois, do conceito de parte legítima. O autor é parte, porque propõe a ação e o réu é parte, porque o autor contra ele está movendo uma ação. Quando da propositura da ação, determina-se quem serão as partes, fixando-se o autor no polo ativo e o réu, no polo passivo. A legitimidade ou a ilegalidade são qualificativos do conceito de parte. [66]

Confusão que deve ser afastada diz respeito ao recurso interposto por aquele que ingressou no processo através de alguma forma de intervenção de terceiros. "A intervenção de terceiros é fato jurídico processual que transforma pessoa estranha ao processo pendente em parte dele integrante. Não gera processo novo, mas tão só, efeitos subjetivos e/ou objetivos no processo já em curso"[67]. Ou seja, através da intervenção de terceiros, estes perdem a qualidade de terceiro e passam a ser considerados parte do processo, não obstante possam existir restrições no tocante à possibilidade de interposição de recurso, como ocorre, por exemplo, com o *amicus curiae*, que não pode recorrer, salvo nas hipóteses de interposição de embargos de declaração e de recurso contra a decisão que julgar o incidente demandas repetitivas (art. 138, §§ 1° e 3°)[68], bem como nos julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos. Não obstante esta última hipótese não esteja consagrada na lei, ela decorre do microssistema de julgamentos de casos repetitivos, conforme reconheceu o Enunciado 391 do FPPC, segundo o qual, "O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos".

Importante, também, a modificação implementada pelo novo código em relação ao assistente simples, tendo-se em vista que segundo a jurisprudência firmada sob a égide do código anterior, o assistente não poderia recorrer autonomamente em relação ao assistido, sendo certo que qualquer manifestação expressa ou tácita de não recorrer afastava a legitimidade recursal do assistente simples[69].

65. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1474

66. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1474

67. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 486

68. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

69. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ASSISTENTE SIMPLES. ILEGITIMIDADE RECURSAL NA AUSÊNCIA DE RECURSO DO ASSISTIDO. 1. Falece legitimidade recursal ao assistente simples quando a parte assistida desiste ou não interpõe o Recurso Especial. Precedente no RESP nº

Assim, a simples não interposição do recurso pelo assistido importava na exclusão da legitimidade recursal do assistente simples, visto que a jurisprudência considerava a não interposição como uma manifestação tácita de não recorrer. Data vênia, esta posição é extremamente questionável, haja vista que a parte assistida poderia ter perdido o prazo para interpor o recurso e, caso desejasse realmente pôr termo ao processo, bastaria se manifestar expressamente pela concordância com a decisão. Tal ato, por si só, já obstaculizaria o recurso do assistente, sendo equivocado presumir que o assistido tacitamente teria manifestado o desejo de não ser beneficiado pelo recurso do assistente.

O CPC/2015 dispõe, no *caput* do art. 121, que "O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido". Já, no parágrafo único, consagra que "Sendo revel ou, de qualquer outro modo, omisso o assistido, o assistente será considerado seu substituto processual".

Assim, a expressão "ou, de qualquer outro modo, omisso o assistido" deixa clara a opção do legislador de impedir que a jurisprudência considere a ausência de interposição do recurso pelo assistido como manifestação tácita de contrariedade ao recurso do assistente.

Ao conferir a qualidade de substituto processual, o legislador conferiu legitimidade extraordinária para o assistente postular em nome próprio direito alheio, nos termos do art. 18 do CPC/2015[70].

Entretanto, cumpre salientar que a finalidade da assistência simples é de auxiliar o assistido, não se devendo admitir que o assistente postule em contraposição à vontade do assistido.

O art. 122 autoriza que o assistido "[...] reconheça a procedência do pedido, desista da ação, renuncie ao direito sobre o que se funda a ação ou transija sobre direitos controvertidos", o que, via de consequência, autoriza a manifestação de concordância com os termos da decisão, e, portanto, impede o conhecimento de eventual recurso interposto pelo assistente.

Todavia, tal hipótese não caracteriza ausência de legitimidade do assistente simples, que deve ter reconhecida ampla legitimidade para recorrer. Na verdade, o recurso interposto pelo assistente não pode ser conhecido em razão da existência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

266.219/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 03.04.2006, p. 226. 2. A assistência simples impõe regime de acessoriedade, ex vi do disposto no art. 53 do CPC, cessando a intervenção do assistente acaso o assistido não recorra. É que o assistente não pode atuar em contraste com a parte assistida (in Luiz Fux, Intervenção de Terceiros, ED. Saraiva), e, in casu, o antagonismo se verifica porque a União manifestou expressamente o seu desinteresse em recorrer, enquanto o Estado do Rio de Janeiro interpõe o presente Recurso Especial. 3. Recurso Especial não-conhecido. (STJ; REsp 1.056.127; Proc. 2008/0101451-3; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 19/08/2008; DJE 16/09/2008).

70. Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.

Como já referido, o art. 121 estabelece que "O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido". Com efeito, se o assistente simples exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais dos assistidos, forçoso reconhecer-se que o recurso não poderá deixar de ser conhecido por ausência de legitimidade, mas por não preencher o requisito da inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, visto que o ato praticado pelo assistido fulmina o seu próprio poder de recorrer. Assim, se o assistido não dispõe de poder de recorrer, por óbvio, seu assistente simples também não o terá.

Ponto que merece destaque é que, na vigência do CPC/73 instaurou-se controvérsia acerca da legitimidade para recorrer do terceiro, em razão da redação do revogado §1° do art. 499 que dispunha que "Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial".

A confusão é notória, uma vez que tal dispositivo inter-relacionava os conceitos de legitimidade e interesses. Todavia, estes não se confundem e aquele necessariamente precede este. Desse modo, primeiro deve-se analisar se o terceiro tem legitimidade e, somente após este momento, verificar-se se possui interesse.

O CPC/2015, por sua vez, estabeleceu no parágrafo único do art. 996 que "Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual".

WAMBIER critica esta redação, pois afirma que é equivocado se falar em possibilidade de atingir direito, pois para que o recurso seja admissível dever necessariamente atingir direito.

> "[...] O dispositivo é mal redigido, pois fala em possibilidade de atingimento. Na verdade, para que o terceiro possa recorrer, é necessário que tenha sido efetivamente atingido. Do contrário, não seria terceiro prejudicado, carecendo de interesse em recorrer. Uma vez proferida a decisão que afete negativamente a este terceiro, aí sim nasce seu interesse, pressuposto recursal inafastável.[71]

Em que pese o brilhantismo da doutrinadora, o dispositivo tem, aparentemente, o escopo de desfazer a confusão instituída sob a égide do código anterior, buscando por termo à confusão entre legitimidade e interesse anteriormente narradas.

Apesar de ser irrepreensível a lição de WAMBIER no tocante à necessidade de a decisão ter efetivamente atingido a relação jurídica de terceiro para

71. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1474

o recurso ser admissível, o dispositivo, quanto a este ponto, não é passível de críticas, tendo-se em vista que seu escopo é dispor acerca da legitimidade do terceiro e não do seu interesse.

A questão do interesse é retratada no *caput* do art. 966, quanto a este traz em seu bojo as expressões "parte vencida" e "terceiro prejudicado", sendo que o parágrafo único do dispositivo tem por escopo dispor sobre a legitimidade. Por outro lado, crítica que se mostra como legítima à redação do dispositivo é a tecida por Flavio Cheim Jorge:

> O adequado seria utilizar-se da sugestão acima e considerar que o terceiro prejudicado é aquele que é detentor de relação jurídica ligada por nexo de interdependência àquela deduzida em juízo. Simples assim. A tentativa de se pretender acomodar situações pontuais (como a do substituto processual) e de relacionar o terceiro como qualquer um que tenha direito atingido pela decisão é capaz de levar a interpretações inadequadas e incorretas.[72]

De fato, DIDIER JR. e CUNHA lecionam que a redação do parágrafo único do art. 966 teve por escopo abranger o titular ou cotitular da relação jurídica discutida no processo, o titular ou cotitular de relação jurídica conexa àquela discutida no processo e aquele que se afirma legitimado extraordinário – que não é titular ou cotitular de direito discutido ou conexo, mas apenas autorizado a discutir a questão em juízo[73].

Por fim, a referência ao Ministério Público, no *caput* do art. 966, objetivou impedir que ressuscitasse a discussão que havia se instaurado sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, sobre a possibilidade de o Ministério Público recorrer na qualidade de *custos legis*[74]. Assim, como o código de 1973, o CPC/2015 trouxe regra expressa acerca da possibilidade do Ministério Público apresentar recurso na qualidade de *custos legis*.

C. INTERESSE RECURSAL

A doutrina majoritariamente identifica o interesse recursal a partir do binômio necessidade e utilidade. O recurso é necessário, porque é o instrumento à disposição pelo ordenamento jurídico para se alcançar a posição de vantagem

72. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122
73. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 114
74. O Código de 1939 só reconhecia ao Ministério Público o poder de recorrer "quando expresso em lei" (art. 814) – feita abstração, é claro, das hipóteses em que ele ocupava a posição de parte. Na ausência de texto legal permissivo (como o da Lei nº 4.717, art. 19, §2º), recusava-lhe a doutrina legitimação para recorrer nos processos em que sua função era de custos legis; os tribunais, porém, sensíveis a intuitivas razões de conveniência, frequentemente entendiam que a interposição de recurso, em tais casos, era inerente àquela atribuição. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 2003. vol V. p. 295)

pretendida. A utilidade do recurso diz respeito à possibilidade de se afastar o prejuízo trazido pela decisão.

Questão que se mostra vital é identificar qual o tipo de prejuízo que o sistema recursal exige para se considerar o recurso útil. Como já referido, o art. 996 dispõe que "o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica".

A locução "parte vencida" pode dar a falsa ideia de que o código teria adotado um critério de sucumbência formal, segundo o qual o prejuízo estaria consubstanciado na não obtenção daquilo que foi postulado, ou seja, entre o que foi pedido e aquilo que foi decido. Assim, aquele que sai vitorioso não poderia recorrer, apenas pelo fato de o recurso poder lhe oportunizar uma situação mais vantajosa.

Data vênia, o dispositivo não permite esta exegese, pois não há justificativa para se tratar de forma dispare a parte e o terceiro, sob pena de reconhecer uma maior amplitude ao interesse de agir deste último, haja vista que o terceiro estaria autorizado a recorrer de forma desvinculada à qualquer às postulação anterior no processo.

Igual raciocínio se pode aplicar ao réu revel que ingressou no curso do processo. Se ele ingressa apenas na fase instrutória, não poderia apresentar recurso, pois não apresentou contestação e, portanto, não formulou pedido.

Há questões também que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, independentemente de pedido de qualquer das partes, como os juros (art. 322, §1°, do CPC/2015) e os honorários advocatícios (art. 85 do CPC/2015), e que, por óbvio, possuem imensa aptidão para gerar prejuízo. Assim, não se pode subtrair das partes, nessas hipóteses, a possibilidade de interpor um recurso relativo, *v.g.*, a honorários fixados em valor vil ou exorbitante.

Por estas razões, o melhor critério a ser adotado parte da conjugação do critério da sucumbência formal com o critério da sucumbência material. Este último critério funda-se na idéia da sucumbência como o prejuízo decorrente da decisão que poderia ter assegurado uma situação na prática e concretamente mais vantajosa, desvinculada da análise do prejuízo a partir de uma correlação entre o que foi pedido e a parte dispositiva da decisão.

Assim, por exemplo, no caso de uma ação popular julgada improcedente por falta de provas – que faz apenas coisa julgada formal –, o réu, não obstante vitorioso, poderia obter posição mais vantajosa caso a decisão fosse reformada para julgar improcedente a demanda por outro fundamento, o que acarretaria a formação da coisa julgada material.

Igual raciocínio poderia ser feito quando o recurso objetivasse aplicar a técnica do *distinguishing* para afastar a aplicação da tese firmada no tema 629, segundo a qual "A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem

o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa", firmada por ocasião do julgamento do REsp 1352721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, pelo rito do art. 543-C do CPC/73.

Diz-se que o critério da sucumbência formal deve ser combinado com o critério da sucumbência material, pois este último, de forma isolada, também pode não se mostrar suficiente.

A título de exemplo, basta se imaginar uma ação que foi extinta sem julgamento do mérito. Nesse caso, não houve formação de coisa julgada material e o autor poderá ajuizar nova ação, sem qualquer prejuízo. Na verdade, em várias hipóteses a interposição do recurso causará maior prejuízo a parte do que o ajuizamento de nova ação. Explica-se. *Exempli gratia*, é sabido que a competência dos juizados especiais da fazenda pública é absoluta. Caso se ajuíze uma ação no juizado, postulando-se uma tutela de urgência, e o resultado seja uma sentença terminativa por incompetência, o recurso contra essa decisão teria uma tendência de demorar muito mais tempo para ser julgado do que uma nova ação proposta perante a vara fazendária.

Ademais, caso seja reproposta a ação perante o juízo fazendário, e se instaure controvérsia acerca da competência, não haverá a possibilidade de se prolatar sentença terminativa por incompetência, e se abrirá a possibilidade da tutela de urgência ser apreciada por ambos os juízes, além da abertura da via recursal contra ambas as decisões. Na prática, o ajuizamento de nova ação se mostra, teoricamente, mais vantajoso do que a interposição de um recurso.

Ou seja, a partir deste exemplo, busca-se demonstrar que a não formação da coisa julgada material e a possibilidade de ajuizamento de nova ação poderia, em tese, tornar questionável a existência do interesse de agir pelo critério da sucumbência material em relação à decisão terminativa, razão pela qual este critério deve ser conjugado com o da sucumbência formal.

Todavia, ressalva que deve ser feita é a de que, com a entrada em vigor do CPC/2015, os critérios de sucumbência não podem ficar mais adstritos ao pedido formulado, devendo se ater também à causa de pedir, que também passou a integrar o conceito de mérito.

Inclusive, o art. 503 do CPC/2015[75] expressamente estende a coisa julgada à questão prejudicial incidental, quando houver contraditório prévio e efetivo,

75. Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se: I - dessa resolução depender o julgamento do mérito; II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

competência do juízo para resolver a questão prejudicial como se principal fosse e inexistir limitações probatórias e cognitivas.

Assim, o interesse recursal está presente também em relação à fundamentação da decisão, que, dependendo da hipótese, poderá fazer coisa julgada.

Ademais, com a adoção de um modelo de precedentes obrigatórios, a fundamentação da decisão passa a ganhar importância para todo o sistema processual, pois a *ratio decidendi* passa a assumir natureza normativa. Acerca do tema, reconhecendo o interesse recursal na fixação do precedente pela parte vitoriosa, LIPIANI leciona o seguinte:

> O vencedor em uma ação pode, por exemplo, recorrer para fazer valer um fundamento (de ação ou de defesa) que tenha suscitado e que tenha sido rejeitado ou não apreciado. O resultado da conclusão contida no dispositivo daquele processo será o mesmo, mas o eventual acolhimento do fundamento pretendido altera a *ratio decidendi* do precedente, e, portanto, a maneira como os casos futuros que se assemelhem serão decididos, o que pode ser mais vantajoso para o referido vencedor.[76]

Por fim, não se pode olvidar que os embargos de declaração podem ser interpostos pela parte vencida ou pela parte vitoriosa e pode buscar sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material – que pode recair apenas sobre a fundamentação da decisão. Basta se imaginar que a fundamentação esteja em desacordo com a parte dispositiva. Nesse caso, os embargos de declaração podem sanar o vício sem implicar em qualquer alteração desta.

Por todo o exposto, atualmente, o interesse recursal deve ser aferido a partir do binômio necessidade e utilidade, sendo que este último deve ser aferido através da conjugação dos critérios de sucumbência formal e material, para, assim, identificar-se um prejuízo decorrente não apenas do pedido, mas também da causa de pedir.

D. INEXISTÊNCIA DE FATOS IMPEDITIVOS OU EXTINTIVOS DO PODER DE RECORRER

Os fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer são requisitos negativos e intrínsecos de admissibilidade, uma vez que afetam o próprio poder de recorrer e representam óbice ao conhecimento do recurso.

São impeditivos do direito de recorrer: a) a desistência do recurso ou da ação; b) a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; c) o reconhecimento da procedência do pedido. Os fatos extintivos, por sua vez, são: d) a renúncia ao recurso; e) aceitação ou aquiescência à decisão.

76. LIPIANI, Julia. Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente. Civil Procedure Review, 2014, v.5, n. 2, p. 16. Disponível em http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=397%3Areconstrucao-do-interesse-recursal-no-sistema-de-forca-normativa-do-precedente&catid=78%3Apdf-revista-n2-2014&Itemid=61&lang=pt. Acessado em 12/05/2016.

- A desistência do recurso ou da ação;

A desistência da ação e do recurso não se confundem e possuem regramentos próprios, não obstante o recurso se apresente como uma continuação do direito de ação.

A desistência da ação é ato que dá ensejo à extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, VIII, CPC/2015)[77], que, todavia, só produzirá efeitos após a homologação judicial (art. 200, parágrafo único, CPC/2015)[78]. Somente pode ser praticada até a sentença (§5° do art. 485, CPC/2015)[79] e depende da concordância do réu, caso já tenha sido oferecida a contestação (§4° do art. 485, CPC/2015)[80]. A desistência da ação não impede a propositura de nova ação, tendo-se em vista que a decisão terminativa não faz coisa julgada material.

A desistência do recurso, por sua vez, tem como pressuposto a interposição do recurso. Caso este não tenha sido interposto ainda, a manifestação de vontade no sentido de não recorrer se apresenta como ato de renúncia.

A desistência do recurso, diversamente da desistência da ação, não implica uma hipótese específica de extinção do processo, que pode ser com ou sem resolução do mérito, dependendo da decisão recorrida. Na verdade, a desistência do recurso nem mesmo implica necessariamente a extinção do processo (*v.g.* desistência do agravo de instrumento).

A desistência do recurso implica o fim do procedimento recursal daquele recurso específico e pode ser realizada a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido (art. 998, *caput*, CPC/2015)[81]. Em que pese o dispositivo expresse que a desistência pode ocorrer "a qualquer tempo", cumpre se esclarecer que tal possibilidade somente se apresenta até a última oportunidade que o recorrente tenha para se manifestar, ou seja, até a sustentação oral no tribunal. Iniciado o julgamento, com o relator proferindo o seu voto, não se mostrará mais possível desistir do recurso[82].

A desistência do recurso não depende de homologação, produzindo efeitos imediatamente, a partir do momento em que há a manifestação de vontade.

Entretanto, calha se observar que, sob a égide do CPC/73, equivocadamente, o STJ se manifestou no sentido de não admitir a desistência do recurso afetado ao regime de recursos repetitivos, sob o fundamento de que há interesse

77. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VIII - homologar a desistência da ação;
78. Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.
79. § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.
80. § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.
81. Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.
82. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p. 161

público na definição da tese[83]. Para pôr termo a esta celeuma, o CPC/2015 trouxe regra expressa no parágrafo único do art. 988, estabelecendo que "A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".

Assim, o dispositivo trouxe importante regra específica que assegurou a possibilidade de desistência do recurso, resguardado o interesse público na fixação da tese jurídica.

> O parágrafo único, percebe-se, tem como objetivo específico afastar a tendência jurisprudencial considerada equivocada pela doutrina (CUNHA, 2010), no sentido de não permitir que a parte desista do recurso que tenha sido afetado para ser julgado como "piloto" no regime dos repetitivos, que surgiu no STJ (STJ, Corte Especial, QO no REsp 1.063.343-CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2008, DJe 04.06.2009). Este dispositivo deixa absolutamente claro que pode o recorrente desistir do recurso, ainda que a repercussão geral já tenha sido reconhecida – mesmo no caso do recurso extraordinário julgado individualmente – e que tenha sido afetado para julgamento em regime de recurso repetitivo.
>
> Andou bem o legislador ao incluir também a primeira hipóteses, já que a razão invocada pelos Tribunais Superiores para não permitir a desistência era a de que, uma vez tendo lugar a afetação, passava a preponderar o interesse público e a parte de certo modo perdia a "disponibilidade" de seus "direitos processuais". A razão estaria presente também na hipótese de ter sido reconhecida a repercussão geral. Por isso, este dispositivo vem, de fato, em boa hora, equilibrando os interesses públicos e os da parte, pois a tese é decidida, embora o caso, na dimensão de sua concretude, não seja julgado, transitando em julgado o acórdão que se tinha recorrido.[84]

Portanto, pela nova regra, ocorrendo a desistência do recurso, independentemente de homologação, a decisão recorrida transitará em julgado, o que, todavia, não impedirá o julgamento da tese jurídica pelo tribunal superior, que não produzirá efeitos sobre a decisão formada no caso concreto.

83. Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal. - É inviável o acolhimento de pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia, na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. Questão de ordem acolhida para indeferir o pedido de desistência formulado em Recurso Especial processado na forma do art. 543-C do CPC c/c Resolução n.º 08/08 do STJ. (STJ – Corte Especial – QO no REsp 1063343/RS – Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 17/12/2008 – DJe 04/06/2009).
84. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Comentários ao art. 996 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1476.

Inclusive, a decisão transitada em julgado não se sujeita à ação rescisória, com fundamento na tese jurídica firmada no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

O §5° do art. 966 dispõe que cabe ação rescisória quando a decisão de mérito que violar manifestamente norma jurídica consubstanciada "[...] em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento"[85]. Pela dicção do dispositivo, verifica-se que a tese jurídica deve ser firmada de forma precedente à decisão rescindenda para se viabilizar o ajuizamento de ação rescisória.

- A renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação

Segundo TARTUCE a "renúncia é ato unilateral em que o envolvido na relação jurídica abre mão do Direito material a que pode (ou poderia) fazer jus"[86], sendo que, dependendo do campo do Direito, pode se apresentar de variadas formas, como o abandono nos direitos reais[87], a remissão no direito creditório[88] e tributário[89] e como resilição contratual no direito dos contratos[90].

A renúncia ao direito, quando realizada em juízo, acarreta a extinção do processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, III, "c"[91], do CPC/2015, independentemente da anuência da parte contrária. A sentença é

85. §5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016).

86. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Método: 2015. p. 35.

87. Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: [...] III - por abandono; [..]

88. Art. 385. A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

89. Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo: I - à situação econômica do sujeito passivo; II - ao erro ou ignorância excusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato; III - à diminuta importância do crédito tributário; IV - a considerações de eqüidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso; V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

90. "Como a outra face da moeda, compreendemos que o sentido que se dá ao vocábulo "renúncia", em matéria de extinção contratual, nada mais é do que a resilição contratual por iniciativa unilateral do sujeito passivo da relação obrigacional, sendo também aplicável a algumas modalidades contratuais" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos. Teoria Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva.2012. p.285).

91. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

homologatória de autocomposição e faz coisa julgada material, haja vista que se trata de decisão de mérito.

Impende se salientar que, apesar da renúncia se sujeitar à homologação judicial, esta não é condição de eficácia daquela[92], visto que a renúncia tem natureza jurídica de negócio jurídico unilateral[93]. A homologação tem por escopo apenas pôr termo ao processo e viabilizar a formação da coisa julgada.

Não há que se falar em heterocomposição, pois a vontade do juiz não substitui a vontade das partes. Apesar disso, ele possa se negar a homologar a renúncia, quando vislumbrar que a manifestação de vontade se encontra eivada de vício, como, por exemplo, quando o advogado não dispuser de poderes especiais para renunciar (art. 105 do CPC/2015)[94].

Portanto, para que a renúncia seja válida, deve ter objeto renunciável e, a parte, capacidade para praticar o ato. A possibilidade de renúncia tem relação com a indisponibilidade do direito, que pode ser objetiva ou subjetivamente indisponíveis[95]. Os primeiros são identificados como direitos afetos à própria personalidade do indivíduo, *v.g.*, a liberdade e a intimidade, e gozam de uma indisponibilidade relativa, pois podem sofrer limitação voluntária em seu exercício (e não a titularidade), desde que não seja permanente nem geral[96]. Os direitos subjetivamente indisponíveis são aqueles indisponíveis em decorrência de uma condição pessoal do indivíduo (ex. incapazes e pessoas jurídicas de direito público).

Não se pode olvidar, outrossim, que alguns direitos, não obstante indisponíveis, são transacionáveis, conforme preceitua o art. 3° da Lei n.° 13.140/2016[97].

- O reconhecimento da procedência do pedido

O reconhecimento do pedido ocorre quando uma parte aceita os efeitos jurídicos postulados pela outra. É a aceitação das consequências jurídicas ex-

92. DIDIER Jr., Fredie. Comentários ao art. 487 do CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 702.

93. TARTUCE, Flavio. Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, v.1. p. 349.

94. Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

95. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.29.

96. Enunciado nº 4 da Jornada de Direito Civil do CJF: "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral".

97. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

traídas da causa de pedir pela parte adversa[98], o que acarreta a extinção do processo com julgamento do mérito, conforme art. 487, III, "a"[99], do CPC/2015.

A sentença é homologatória de autocomposição unilateral, o que impõe ao juiz apenas aferir a capacidade de quem reconhece e a disponibilidade do direito, não devendo adentrar no mérito, propriamente dito, em respeito à autonomia de autorregramento da vontade das partes.

O reconhecimento do pedido não se confunde com a confissão, visto que esta não se trata de forma de autocomposição, e, sim de matéria probatória, conforme enuncia o inciso I do art. 212 do Código Civil. Este estabelece que "Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I – confissão". Assim, a confissão "[...] é admissão de fato contrário ao interesse e cujo valor é probatório, não vinculando o convencimento judicial"[100].

- A renúncia ao recurso

O CPC/2015 consagra a renúncia ao direito de recorrer no art. 999 que estabelece que "A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte".

CHEIM JORGE leciona que a renúncia somente pode ocorrer após a prolação da sentença, já que não se pode renunciar ao recurso contra uma decisão que ainda não se sabe o conteúdo, o que importaria uma renúncia a uma garantia de justiça, que se apresenta como norma de ordem pública[101].

Em sentido contrário, OLIVEIRA leciona que é possível se admitir convenção processual para se renunciar ao direito de recorrer, uma vez que o duplo grau de jurisdição não possui natureza constitucional, bem como por inexistir lógica na admissão da exclusão total da atividade cognitiva da jurisdição estatal através da cláusula compromissória de arbitragem e não admitir a exclusão parcial, suprimindo a possibilidade de interposição de recurso, que se apresenta apenas como um prolongamento do direito de ação[102].

98. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2. p. 178.

99. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido.

100. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2. p. 178.

101. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 157.

102. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 576-577.

No mesmo sentido, SIQUEIRA e LIPIANI lecionam que o recurso é remédio voluntário, que consubstancia direito potestativo processual e admite, inclusive, a renúncia unilateral[103].

DIDIER JR. também não admitiam a renúncia ao recurso. Todavia, na última edição de seu curso (13ª ed), modificou sua posição através de uma exegese dos artigos 190[104] e 200[105] do CPC/2015, passando a admitir não só a renúncia total, mas também a renúncia parcial ao direito de recorrer, de modo que as partes estariam autorizadas a renunciar de forma condicional (ex. desde que não haja vício de procedimento), ou apenas ao direito de recorrer independentemente, preservando-se o direito de recorrer adesivamente[106].

Por fim, cumpre se salientar que a renúncia ao direito de recorrer, diversamente da renúncia ao direito material, não encontra limitação no tocante à disponibilidade do direito. A renúncia ao recurso é um poder estritamente processual, não se confundindo com o direito objeto do processo.

- Aceitação ou aquiescência à decisão

A aceitação (ou aquiescência) está expressamente consagrada no art. 1.000 do CPC/2015, que dispõe, "A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer", considerando-se tácita "[...] a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer".

A aceitação não se confunde com a renúncia ao direito de recorrer, pois, segundo CHEIM JORGE, nesta "[...] a parte manifesta sua vontade de não se utilizar do recurso. O ato de vontade, diante da sentença, direciona-se ao recurso. Na aquiescência, o ato de vontade direciona-se à própria sentença, concordando com o seu comando [...]"[107]. Por esta razão, necessariamente a aquiescência somente pode ocorrer após a sentença, não podendo ser objeto de convenção processual.

103. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 601-604.

104. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

105. Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

106. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016 p. 104.

107. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158.

A aceitação é fato extintivo do direito de recorrer, porquanto implica evidente preclusão lógica.

E. TEMPESTIVIDADE

A tempestividade é requisito de admissibilidade extrínseco do recurso, afeto ao modo de recorrer. Não obstante, a intempestividade é vício insanável que acarreta a preclusão temporal e, dependendo da hipótese, formação de coisa julgada.

Cumpre se ressalvar que não se pode confundir o vício da intempestividade, com o vício de ausência de prova da tempestividade, uma vez que este se apresenta como um vício relativo à regularidade formal e, portanto, plenamente sanável. Assim, por exemplo, quando a parte deixar de comprovar a existência de feriado local, por ocasião da interposição do recurso[108], o magistrado deverá intimá-la para juntar o documento comprobatório da tempestividade do recurso.

O requisito da tempestividade decorre de uma necessidade de segurança jurídica, bem como de garantir que a marcha processual seja um caminhar para frente, razão pela qual não é possível a realização de convenção processual para afastar os efeitos da preclusão ou da formação da coisa julgada. Por outro lado, é possível a celebração de negócio processual para se ampliar[109] ou se reduzir os prazos recursais.

O CPC/2015, no tocante à tempestividade dos recursos, implementou importantes inovações no sistema recursal. Nesse sentido, calha se observar que, com exceção dos embargos de declaração (que possuem prazo de 05 dias, nos termos do art. 1.023, CPC/2015)[110], os demais recursos tiveram seus prazos unificados em 15 dias (art. 1.003, §5°, do CPC/2015)[111], contados apenas os dias úteis (art. 219, CPC/2015)[112].

O termo inicial de contagem do prazo para a interposição do recurso é a intimação da decisão, conforme disposto pelo art. 1.003, que estabelece que "O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados,

108. Art. 1.003. [...] § 6º O recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de interposição do recurso.

109. Enunciado n.º 19 do FPPC - (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, [...](Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO e no V FPPC-Vitória).

110. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

111. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

112. Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão".

A interposição do recurso antes do início do prazo é ato válido (art. 218, §4°, CPC/2015)[113]. A intempestividade somente restará configurada quando ultrapassado o termo final.

Observação digna de destaque é a feita por Cheim Jorge, no sentido de que não se deve confundir a publicação da decisão com a intimação das partes.

> Confusão que não pode ser feita é quando se diz que o prazo tem início com a publicação da decisão. A publicação da decisão não se confunde com a intimação das partes. A decisão considera-se publicada quando passou a ter natureza de ato processual. Isso ocorre ao ser lida em audiência, ou entregue em cartório para juntar-se aos autos. A partir desse momento, assumiu a natureza de um ato do processo, de um ato do Estado. A dificuldade às vezes ocorre porque uma das formas de intimação é através da publicação pela imprensa. Em tal caso, o que se tem é uma forma de intimação da decisão já publicada. Em resumo, para o revel o que importa é a publicação da sentença como ato do processo.

A lição explanada por Cheim Jorge fica ainda mais clara quando se está diante de parte que não é intimada através de publicação no diário oficial, como, por exemplo, a advocacia pública (art. 183, CPC/2015)[114], o Ministério Público (art. 180, CPC/2015)[115] e a Defensoria Pública (art. 186, CPC/2015)[116], que são intimados através de carga, remessa ou meio eletrônico.

Assim, o CPC/2015 veio a se harmonizar com a redação da Lei Complementar n.° 80/94, que já previa, em seus artigos 44, 89 e 128, como prerrogativa da Defensoria Pública, "receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos". Desse modo, a intimação da Defensoria Pública realizar-se-á através da entrega dos autos com vista, ou seja, com a própria Defensoria fazendo carga ou através de remessa efetuada pelo cartório. Acerca do conteúdo desta prerrogativa, ESTEVES e SILVA lecionam o seguinte:

113. § 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

114. Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal. § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

115. Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º. § 1º Findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo.

116. Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. § 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

> [...] Afinal, a análise dos autos constitui medida imprescindível para a plena cientificação acerca dos atos processuais praticados, bem como para a adequada preparação em relação os atos vindouros, e não possuem os Defensores Públicos condições materiais de buscar o cartório para consultar os processos sempre que forem intimados de alguma coisa. Na verdade, é justamente isso que a prerrogativa da intimação pessoal busca evitar. Por essa razão, entendemos que a entrega dos autos do processo será sempre necessária para que a prerrogativa da intimação pessoal seja integralmente respeitada.
>
> [...]
>
> Para que seja válida, a intimação pessoal deve ser realizada no órgão com atribuição para funcionar no feito, posto que o Defensor Público sem atribuição não poderá intervir no processo e, portanto, não poderá ser validamente intimado.[117]

Acerca do tema, cumpre se trazer à colação recente acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito dos recursos repetitivos e noticiado no Informativo 611. Apesar do julgamento versar sobre a intimação e transcurso do prazo recursal para o Ministério Público, a análise da *ratio decidendi* da decisão permite a conclusão de que o entendimento firmado deve ser igualmente aplicável à Defensoria Pública:

> O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado.
>
> (REsp 1.349.935-SE, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 23/8/2017, DJe 14/9/2017).

Questão que merece atenção é a intimação por meio eletrônico, visto que o código estabelece a preferência da intimação por este meio (art. 270[118] c/c 246[119], CPC/2015), inclusive, sendo obrigação da advocacia pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos.

O CPC/2015 deve ser interpretado juntamente com a Lei n.º 11.419/2006, que regulamenta a informatização do processo judicial. Segundo o art. 269

117. ESTEVES, Silva; SILVA, Franklyn Roger Alves. Princípios Institucionais da Defensoria Pública: De acordo com a EC 74/2013. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 548-549.

118. Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei. Parágrafo único. Aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública o disposto no § 1o do art. 246.

119. Art. 246. A citação será feita: V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei. § 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio. § 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

do CPC/2015, "Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo". Já para a Lei n.º 11.419/2006, as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem, somente considerando-se intimado no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, ou ultrapassados 10 dias do envio da intimação para o sistema[120].

Cumpre ressaltar que, para todos os efeitos legais, considera-se esta intimação como pessoal[121], desde que seja viabilizado o acesso à íntegra do processo[122]. A remessa de correspondência eletrônica tem apenas caráter informativo[123].

Não se pode olvidar que uma vez intimados, o membro da advocacia pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública gozarão de prazo em dobro para interpor recurso, bem como para apresentar contrarrazões. No tocante à Defensoria não há novidade, pois já gozava de todos os prazos em dobro, por força do disposto nos artigos 44, 89 e 128 da Lei Complementar n.º 80/94. Porém, há mudança substancial em relação à advocacia pública e ao Ministério Público, pois a regra que vigia no CPC/73 era a de que "computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público".

Como se pode perceber, a advocacia pública e o Ministério Público tiveram o seu prazo reduzido pela metade para contestar, mas ganharam o dobro de prazo para a apresentação de contrarrazões, prerrogativa da qual, até então, não gozavam.

O novo código também trouxe a possibilidade de intimação não só do advogado, mas da sociedade de advogados[124], e conferiu prazo em dobro aos litisconsortes com procuradores diferentes, ressalvando que, caso os advogados in-

120. Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. § 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.
[...] § 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

121. Art. 5º [...] § 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

122. Art. 9º No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei. § 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

123. Art. 5º [...] § 4º Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

124. Art. 272. [...] § 1º Os advogados poderão requerer que, na intimação a eles dirigida, figure apenas o nome da sociedade a que pertençam, desde que devidamente registrada na Ordem dos Advogados do Brasil.

tegrem o mesmo escritório de advocacia, estes não gozarão da prerrogativa[125], que também não será aplicada caso se trate de autos eletrônicos.

A redação do §1° do art. 229 se mostra criticável ao dispor que "Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles". Nesse sentido, para manter a coerência do texto, MAZZEI e GONÇALVES lecionam:

> O § 1° do art. 229 implicitamente considera que os réus litisconsortes tenham prazo em dobro para apresentação de defesa, mesmo que apenas um deles efetivamente se manifeste nos autos; sendo que, neste último caso, a contagem do prazo em dobro é cessada para os atos seguintes, *ao menos até que o réu revel constitua procurador nos autos, já que, a partir daí, a contagem do prazo em dobro deve ser retomada.* A redação do § 1° não é boa. Afinal, como proceder se houver três, quatro, cinco, ou mais réus, e apenas um deles possuir procurador constituído nos autos? Parece que também nesse caso a contagem em dobro fica restrita à apresentação da defesa. E se, havendo mais de um réu, apenas um deles apresenta defesa, mas ao menos um dos réus que é revel tem procurador constituído nos autos? Nesse caso, a regra de exceção do § 1° não pode incidir, aplicando-se a contagem dos prazos em dobro mesmo para os atos subsequentes do processo. Para afastar questionamentos de tal ordem, o texto ficaria melhor redigido se dispusesse: *Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo mais de um réu, apenas um deles oferece defesa, sem que nenhum outro tenha procurador constituído nos autos.126*

O CPC/2015 adotou, ainda, o sistema de imediação da intimação, passando a autorizar que o próprio advogado intime o causídico da parte contrária, nos termos do §1° do art. 269[127]. ROCHA leciona que tais dispositivos não se aplicam aos personagens públicos, em especial à Defensoria Pública

> Necessário ressalvar, no entanto, que o regime de intimação extrajudicial não alcança a Defensoria Pública, atuando como parte ou representando seu assistido, quem não tem representação nos autos, quem não é parte (peritos ou testemunhas, por exemplo), a Advocacia Pública e o Ministério Público, seja como parte ou como fiscal da ordem jurídica. No caso específico dos personagens públicos, o Novo Código estabeleceu que, quando não são intimados eletronicamente, eles são comunicados dos atos processuais através dos seus órgãos de representação processual (art. 269, §3°, do CPC/2015; art. 12, I e II, do CPC/73), por meio da remessa dos autos ao setor de representação dos seus órgãos.[128]

Nesse sentido, não podemos olvidar que o parágrafo §1° do art. 183 do CPC/2015 explicita que "A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico", o que permite a conclusão de que a prerrogativa da intimação pessoal é totalmente incompatível com o sistema de imediação da intimação, que se aperfeiçoa através do envio de cópia do ofício de intimação e da decisão, através do correio.

No tocante à interposição de recurso pelo correio, não se pode esquecer da superação do Enunciado de Súmula n.° 216 do STJ, segundo o qual, "A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio". Isto, porque o CPC/2015 dispôs expressamente que, "Para aferição da tempestividade do recurso remetido pelo correio, será considerada como data de interposição a data de postagem" (Art. 1.003, §4°).

Como já referido anteriormente, a intempestividade é vício insanável que fulmina o poder de recorrer. Todavia, questão específica que merece ser analisada reside na ocorrência de alguma hipótese de justo impedimento, pois, não obstante haja o transcurso de todo o prazo, a lei admite a prática do ato após o prazo legal, tornando admissível o recurso, desde que praticado dentro do novo prazo assinalado pelo magistrado. Não se trata de prorrogação de prazo, mas atribuição de novo prazo.

Nesse sentido, cumpre observar que o art. 223 do CPC/2015 estabelece que "Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa".

Ressalte-se que não se pode confundir força maior com justa causa, pois esta se caracteriza quando ocorre "[...] evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário"[129]. Trata-se de fato que atinge especificamente o patrono da parte, impedindo-o, de forma absoluta, de interpor o recurso no prazo. Para que se caracterize o justo impedimento, o evento deve possuir tamanha força impeditiva da prática do ato, que qualquer outro mandatário da parte em seu lugar também não lograria praticar o ato.

---

125. Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. §1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles. § 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.

126. MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Thiago Figueiredo. A disciplina do prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores: noções gerais e regramento adotado pelo CPC/2015. In Revista Eletrônica EJUD do TRT da 17ª Região. 2015. 7ª ed. 2015. Disponível em: <http://wwwl.trtes.jus.br/sic/sicdoc/ContentViewer.aspx?id=3857&sq=935785172&fmt=1&pr t=> Acesso em 13/05/2016.

127. Art. 269. [...] § 1º É facultado aos advogados promover a intimação do advogado da outra parte por meio do correio, juntando aos autos, a seguir, cópia do ofício de intimação e do aviso de recebimento. § 2º O ofício de intimação deverá ser instruído com cópia do despacho, da decisão ou da sentença.

128. ROCHA, Felippe Borring. Os impactos do Novo CPC na Defensoria Pública: Intimação Pessoal e Prazo em Dobro. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública. 1ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. vol. 5. p. 271-272.

129. Art. 223. [...] § 1º Considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário. § 2º Verificada a justa causa, o juiz permitirá à parte a prática do ato no prazo que lhe assinar.

A título de exemplo, basta imaginar que o advogado tenha comprovadamente sido sequestrado no curso do prazo recursal, somente sendo liberto após o transcurso deste. Caso o magistrado reconheça o evento, deverá fixar novo prazo para a interposição do recurso.

O justo impedimento não se confunde com a força maior, uma vez que esta tem natureza transindividual e atinge o processo de forma ampla, e não apenas o recorrente. A força maior se apresenta como forma de suspensão do processo e de interrupção do prazo recursal.

Não se pode confundir a suspensão com a interrupção do prazo, haja vista que nesta o prazo volta a correr, integralmente, desde o início, após cessação da causa interruptiva, enquanto que cessado o evento que ocasionou a suspensão do prazo, este volta a correr apenas pelo tempo restante.

Na sistemática do CPC/2015, a suspensão dos prazos pode ocorrer nas hipóteses dos art. 220[130], 221[131] e 313[132]. Todavia, impede observar que nas hipóteses de força maior e morte da parte ou de seu advogado – não obstante estejam elencadas no art. 313, I e IV – na seara recursal ocasionam a interrupção do prazo recursal, em decorrência de regra específica, consagrada no art. 1.004[133].

Por fim, além dessas duas hipóteses, o prazo recursal também pode ser interrompido pela interposição tempestiva[134] de embargos de declaração (art. 1.026, CPC/2015)[136].

130. Art. 220. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput. § 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

131. Art. 221. Suspende-se o curso do prazo por obstáculo criado em detrimento da parte ou ocorrendo qualquer das hipóteses do art. 313, devendo o prazo ser restituído por tempo igual ao que faltava para sua complementação. Parágrafo único. Suspendem-se os prazos durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, incumbindo aos tribunais especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos.

132. Art. 313. Suspende-se o processo: I - pela morte ou pela perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes; III - pela arguição de impedimento ou de suspeição; IV- pela admissão de incidente de resolução de demandas repetitivas; V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) tiver de ser proferida somente após a verificação de determinado fato ou a produção de certa prova, requisitada a outro juízo; VI - por motivo de força maior; VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo; VIII - nos demais casos que este Código regula.

133. Art. 1.004. Se, durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado ou ocorrer motivo de força maior que suspenda o curso do processo, será tal prazo restituído em proveito da parte, do herdeiro ou do sucessor, contra quem começará a correr novamente depois da intimação.

134. [...] 1. O trânsito emu julgado de uma decisão afere-se pelo exaurimento dos recursos cabíveis ou pelo decurso in albis dos prazos para sua interposição. 2. A teor da jurisprudência desta corte, o

F. REGULARIDADE FORMAL[135]

A regularidade formal é requisito extrínseco de admissibilidade do recurso, por excelência, afeto ao modo de recorrer. Existem requisitos comuns a todos os recursos, *v.g.* regularidade da representação processual, e específicas a cada espécie, tal como o prequestionamento, exclusivo do RE e do REsp.

No tocante à regularidade da representação, cumpre se ressaltar que o §2° do art. 76[136] do CPC/2015 trouxe regra específica ao vício de incapacidade processual (ou irregularidade de representação) em fase recursal, que impõe ao relator designar prazo razoável para a parte saná-lo. Desse modo, resta prejudicada a Súmula n.° 115 do STJ, segundo a qual, "Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos".

Não há dúvida de que o requisito da regularidade formal é o que sofre maior influxo da cláusula geral de sanabilidade recursal, prevista no parágrafo único do art. 932[137] e da cláusula específica de sanabilidade dos recursos especial e extraordinário, consagrada no parágrafo terceiro do art. 1.029[138].

Os recursos, via de regra, são interpostos de forma escrita, não obstante se admita a interposição oral em algumas hipóteses, como no caso de a decisão ser proferida em audiência[139].

Quando o vício recair sobre a fundamentação do recurso, algumas distinções devem ser realizadas. Assim, ausência de fundamentação não se confunde com a fundamentação defeituosa. Esta é assim considerada, quan-

juízo negativo de admissibilidade do recurso, salvo quanto à intempestividade, opera efeito ex nunc, ocorrendo o trânsito em julgado com a preclusão da oportunidade para interposição de qualquer recurso contra o último pronunciamento judicial. [...] (STJ; AgRg-AREsp 605.663; Proc. 2014/0278022-9; MT; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 23/04/2015).

135. Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

136. Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. § 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária: I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor; II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber; III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre. § 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator: I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente; II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

137. Art. 932. [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

138. Art. 1.029. [...] § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

139. Art. 1.003. [...]§ 1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.

do, a partir de sua leitura, não se mostra possível compreender com clareza o fato ou fundamento jurídico invocado. Nessa hipótese, compete ao relator a intimação do recorrente para que este supra o vício do recurso.

Situação totalmente distinta é a ausência de fundamentação, pois esta não se apresenta como um vício de forma, mas como vício de intempestividade, não se podendo suprir este vício, pois isso importaria, em última análise, em ampliação do objeto de impugnação, após o transcurso do prazo.

Desse modo, quando o recorrente deixar de motivar o seu recurso em relação a alguma questão ou capítulo da decisão, ou, ainda, insurja-se apenas contra um fundamento de uma decisão que possua mais de um fundamento autônomo, não será possível se aplicar a cláusula de sanabilidade, dado que isto implicaria em aumento da matéria sujeita ao efeito devolutivo, após o transcurso do prazo.

Igual raciocínio deve ser aplicado caso o recorrente apresente apenas petição de interposição do recurso, desacompanhada das respectivas razões, tal como autorizado no direito processual penal. Aqui, não se trata de um vício de forma. Caso o recorrente apresente apenas a petição de interposição do recurso, o vício será insanável em decorrência da total ausência de fundamentação.

Exceção à regra de impossibilidade de ampliação da fundamentação diz respeito às hipóteses de aplicação do principio da fungibilidade entre aos recursos de embargos de declaração e de agravo interno (art. 1.024, §3, CPC/2015)[140], entre os recursos especial e extraordinário (artigos 1.032 e 1.033, CPC/2015)[141], bem como na hipótese de complementação do recurso, quando a decisão recorrida for alterada por ocasião do julgamento dos embargos oferecidos pela outra parte (§4° do Art. 1.024)[142].

Acerca da sanabilidade dos vícios de forma, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os seguintes enunciados:

> 82. (art. 932, parágrafo único; art. 938, § 1°) É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os

140. Art. 1.024. [...] § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1°.

141. Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional./ Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

142. § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

> excepcionais. (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo)
>
> 199. (arts. 938, § 1°, e 15) No processo do trabalho, constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. (Grupo: Impacto do CPC no Processo do Trabalho)
>
> 219. (art. 1.029, § 3°) O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. (Grupo: Recursos Extraordinários)
>
> 220. (art. 1.029, § 3°) O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça inadmitirá o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal de cuja falta foi intimado para corrigir. (Grupo: Recursos Extraordinários)
>
> 332. (arts. 938, §1°, e 15). Considera-se vício sanável, tipificado no art. 938, §1°, a apresentação da procuração e da guia de custas ou depósito recursal em cópia, cumprindo ao relator assinalar prazo para a parte renovar o ato processual com a juntada dos originais. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)
>
> 333. (arts. 938, §1° e 15). Em se tratando de guia de custas e depósito recursal inseridos no sistema eletrônico, estando o arquivo corrompido, impedido de ser executado ou de ser lido, deverá o relator assegurar a possibilidade de sanar o vício, nos termos do art. 938, §1°. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)
>
> 353. (arts. 1.007, § 7°, e 15) No processo do trabalho, o equívoco no preenchimento da guia de custas ou de depósito recursal não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho).

G. PREPARO

O preparo é uma modalidade de despesa processual e possui natureza jurídica de taxa, que, por sua vez, é espécie tributária que tem como fato gerador o serviço judiciário, serviço público específico e divisível[143].

O CPC/2015 estabelece que o recorrente deverá, no ato de interposição do recurso, comprovar o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e retorno, sob pena de deserção[144].

143. Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (Código Tributário Nacional).

144. Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

O porte de remessa e retorno é a despesa de deslocamento dos autos para os tribunais superiores. Por isso, tal despesa não deverá ser recolhida quando se tratar de recurso interposto por via eletrônica, uma vez que não há a ocorrência do fato gerador, conforme consagrado no §3° do art. 1.007[145] e regulamentado pelas Resoluções STJ/GP n.° 01, de 18 de fevereiro de 2016[146], e Resolução STF n.° 606, de 23 de janeiro de 2018[147].

Ainda, segundo o §1° art. 1.007 do CPC/2015 "São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal".

No sistema recursal do CPC/2015, estão dispensados de preparo o recurso de embargos de declaração (art. 1.023)[148] e o agravo em recurso especial e extraordinário (art. 1.042)[150].

As partes que gozam de gratuidade de justiça não necessitam realizar o preparo, visto que tal benefício abrange as taxas e custas judiciárias. Todavia, em caso de sucumbência, a parte não tem afastada a responsabilidade pelas despesas processuais, que ficam submetidas à condição suspensiva de exigibilidade, pois, caso ocorra a modificação da situação financeira em até 5 anos, subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, tais valores podem vir a ser cobrados[150].

145. § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos.

146. Art. 4º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno dos autos em processos eletrônicos. Parágrafo único. Na hipótese excepcional de remessa de autos físicos, o tribunal de origem deverá exigir do recorrente o recolhimento do porte de remessa e retorno antes do envio ao STJ, sob pena das sanções previstas na legislação processual. Art. 9º Os valores indevidamente recolhidos serão objeto de restituição mediante provocação do interessado, de acordo com regulamentação própria estabelecida pelo Tribunal. Parágrafo único. Os valores recolhidos a título de porte de remessa e retorno poderão ser restituídos quando se verificar, encerrada sua tramitação no STJ, que os autos foram encaminhados integralmente por via eletrônica e devolvidos do mesmo modo aos tribunais de origem.

147. Art. 4º O porte de remessa e retorno dos autos previsto na Tabela "D" não será exigido quando se tratar de: III - recursos interpostos por meio do processo eletrônico, salvo aqueles em que o Relator requisitar os autos físicos.

148. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

149. Art. 1.042. [...] § 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação.

150. Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; § 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de

O art. 99 CPC/2015 dispõe que "O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso". Cumpre se salientar que se trata de rol exemplificativo de momentos em que se mostra possível o requerimento de gratuidade de justiça, visto que a insuficiência de recursos pode ser requerida e aferida em qualquer momento do processo.

O CPC/73 adotava um rígido sistema de preclusões, que acabava ocasionando o não conhecimento do recurso, caso detectados problemas no tocante à realização do preparo. O CPC/2015, ao introduzir uma lógica de primazia de julgamento do mérito[151], insere uma cláusula geral de sanabilidade dos recursos no parágrafo único do art. 932.

Entretanto, tal cláusula geral se mostra despicienda no tocante ao requisito de admissibilidade do preparo, pois este possui regramento próprio no tocante à sanabilidade dos vícios a ele afetos, que são divididos pelo código em: a) preparo insuficiente; b) falhas na comprovação do preparo; c) ausência injustificada de preparo.

A insuficiência de preparo é tratada no §2° do art. 1.007 do CPC/2015, que estabelece a obrigatoriedade de intimação da parte, por intermédio de seu advogado, para suprir o pagamento do preparo, no prazo de 05 dias. Somente após o transcurso desse prazo que pode se aplicar a pena de deserção, caso o recorrente não efetue o pagamento ou o efetue de forma insuficiente[152].

Todavia, caso não se trate de recolhimento insuficiente, mas apenas de vício no tocante ao preenchimento da guia, o recorrente terá o prazo de 05 dias para sanar o vício[153].

Por outro lado, caso o recorrente não comprove o pagamento das custas por ocasião da interposição do recurso, não se aplicará diretamente a pena de deserção. Nessa hipótese, a parte será intimada, na pessoa de seu advogado, para recolher o preparo em dobro, sob pena de deserção, vedada a complementação, caso este pagamento venha a se realizar de forma insuficiente[154].

exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

151. Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

152. Art. 1.007. [...] § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

153. Art. 1.007 [...]§ 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

154. Art. 1. 007. [...] § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu

Portanto, resta prejudicada a aplicabilidade da Súmula n.º 187 do STJ, que estabelece que: "É deserto o recurso interposto para o Superior Tribunal de Justiça, quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos".

Convém se salientar que o recolhimento em dobro não será necessário, quando a ausência de preparo decorrer de pedido de gratuidade de justiça, em sede recursal, pois, nessa hipótese, o §7º do art. 99 do CPC/2015 possui regra específica que estabelece que: "Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento".

A pena de deserção não será aplicada quando o recorrente comprovar o justo impedimento da realização do preparo, conforme dispõe o §6º do art. 1.007, *in verbis*: "Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecorrível, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo".

4. DOS EFEITOS DOS RECURSOS

A doutrina não é unânime na classificação dos efeitos dos recursos. Muito se discute acerca de quais efeitos são genuinamente efeitos ou apenas fenômenos afetos à decisão impugnada, ou, ainda, se alguns efeitos seriam autônomos ou meros desdobramentos do efeito devolutivo. Data vênia, tais discussões são meramente acadêmicas, não possuindo repercussões práticas, razão pela qual, por questões didáticas, os efeitos dos recursos serão analisados a partir dos efeitos obstativo, suspensivo, devolutivo e regressivo.

4.1. Efeito Obstativo

Efeito obstativo é o efeito pelo qual a interposição do recurso obsta a formação da coisa julgada ou a ocorrência da preclusão. Trata-se de efeito comum a todos os recursos tempestivos, pois, como já referido, a intempestividade é o único vício afeto aos requisitos de admissibilidade dos recursos que opera efeito *ex tunc*.

4.2. Efeito Suspensivo

Efeito suspensivo é aquele que ocasiona um impedimento à produção de efeitos da decisão, prolongando o estado de ineficácia desta. Não obstante, todos os recursos possam ser dotados de efeito suspensivo, o CPC/2015 esta-

advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º.

beleceu, como regra, a ausência de efeito suspensivo *ope legis*, salvo o recurso de apelação (art. 1.012)[155] e o recurso especial e extraordinário que julgue incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 987, §1º)[156], que possuem o efeito suspensivo automático.

Nesse sentido, o art. 995 do CPC/2015 estabeleceu que "Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso". Em que pese os recursos, em regra não possuam efeito suspensivo, o parágrafo único do art. 995 estabeleceu a possibilidade de concessão de efeito suspensivo, quando existir (1) risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e (2) probabilidade de provimento do recurso[157].

Não haverá efeito suspensivo nas hipóteses de recurso de apelação contra sentença que homologa divisão ou demarcação de terras, condena a pagar alimentos, extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado, julga procedente o pedido de instituição de arbitragem, confirma, concede ou revoga tutela provisória e decreta a interdição, por força do §1º do art. 1.012 do CPC/2015[158].

Cumpre se ressalvar que o efeito suspensivo do recurso não é obstáculo à formação da hipoteca judiciária (art. 485, §1º, III, CPC/2015)[159], nas decisões afetas a prestações pecuniárias, levadas a registro na forma preconizada pelo §2º do art. 485 do CPC/2015[160] e pelo art. 167, I, 2, da Lei de Registros Públicos[161].

Não se pode olvidar que a Lei n.º 13.256/2016 ressuscitou a Súmula n.º 634 do STF, segundo a qual "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem".

155. Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

156. Art. 987. [...] § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

157. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

158. Art. 1.012. [...] § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I - homologa divisão ou demarcação de terras; II - condena a pagar alimentos; III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI - decreta a interdição.

159. Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária. § 1º A decisão produz a hipoteca judiciária: [...] III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

160. Art. 485. [...] § 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

161. Art. 167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: [...] 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais; [...].

Isso, porque o CPC/2015, em sua redação originária, havia conferido expressamente a competência ao tribunal superior para a concessão do efeito suspensivo, entre a interposição do recurso e a sua distribuição[162]. Por esta razão, o FPPC chegou a editar, em encontro ocorrido no Rio de Janeiro, nos dias 25 a 27 de abril de 2014, o enunciado n.° 221, segundo o qual: "Fica superado o enunciado 634 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC". Todavia, com a edição da Lei n.° 13.256/2016, este enunciado ficou prejudicado, e a compatibilidade da súmula com o código foi restabelecida.

O art. 1.029, com a redação dada pela Lei n.° 13.256/2016, firmou a competência para conferir efeito suspensivo à presidência ou vice-presidência do tribunal recorrido, entre a interposição do recurso e a publicação da decisão acerca de sua admissibilidade, ao tribunal superior, a partir da publicação da decisão de admissão do recurso[163].

Calha se salientar que existe a possibilidade de celebração de convenção processual com o objetivo de se retirar o efeito suspensivo do recurso, com fundamento no art. 190 do CPC/2015 e no Enunciado n.° 19 do FPPC: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, [...]".

Por fim, não se pode confundir o efeito suspensivo com a tutela de urgência deferida em sede recursal – chamada por parte da doutrina de "efeito ativo" do recurso [164]. Enquanto o efeito suspensivo retira os efeitos da decisão recorrida, a tutela de urgência deferida em sede recursal busca a produção de um efeito que não é produzido pela decisão recorrida. Acerca da tutela de urgência, cumpre se observar o destaque e as informações do inteiro teor trazidas no Informativo n.° 608 do STJ:

> DESTAQUE
>
> É possível o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela em sede de sustentação oral.
>
> INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

162. Art. 1.029. [...] § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I - ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo.

163. Art. 1.029. § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I – ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II – ao relator, se já distribuído o recurso; III – ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

164. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 490.

> A antecipação dos efeitos da tutela constitui relevante medida à disposição do juiz, para que propicie a prestação jurisdicional oportuna e adequada que, efetivamente, confira proteção ao bem jurídico em litígio, abreviando, ainda que em caráter provisório, os efeitos práticos do provimento definitivo. Em linha de princípio, o requerimento da tutela antecipada – requisito exigido nos termos do art. 273 do CPC/1973 –, assim como a sua extensão, pode ser formulado ou alterado pelo autor, desde que observado o pedido inicial, pois a medida não pode ser mais ampla. Assim, pode o autor requerer ou não, na exordial, a antecipação de parte da tutela, e depois pedir a antecipação da tutela jurisdicional em sua totalidade – o ordenamento jurídico não é infenso à modificação do requerimento de tutela antecipatória. Ora, se o pedido poderia ser formulado ao relator, e o próprio art. 273 do CPC/1973 deixa nítido que novas circunstâncias autorizam o requerimento, possível também que seja deduzido em sessão de julgamento, em feito que comporta sustentação oral, ao Colegiado que apreciará o recurso. Isso porque, tal procedimento consiste em manifestação formal (art. 554 do CPC/1973 e 937 do CPC/2015) a oportunizar à parte adversa até mesmo o contraditório prévio ao exame do pedido. (REsp 1.332.766-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 1/6/2017, DJe 1/8/2017).

4.3. Efeito Devolutivo

O efeito devolutivo é aquele decorrente do princípio dispositivo[165], em que o juízo destinatário do recurso, em princípio, somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido em suas razões recursais.

A expressão "efeito devolutivo" é oriunda do direito romano, no qual os magistrados inferiores exerciam sua competência a partir da delegação dos magistrados superiores, e estes, por delegação do imperador[166]. Atualmente, o efeito devolutivo deve ser compreendido como uma divisão de competência funcional.

Todavia, cumpre se salientar que não necessariamente o recurso deverá ser apreciado por um juízo de instância superior, como, por exemplo, no caso dos embargos de declaração, em que o próprio órgão prolator da decisão irá julgar o pedido de nova decisão.

O efeito devolutivo pode ser estudado a partir de três dimensões: (1) dimensão horizontal ou extensão do efeito devolutivo; (2) dimensão vertical ou profundidade do efeito devolutivo ou efeito translativo; (3) dimensão subjetiva do efeito devolutivo ou efeito expansivo.

A dimensão horizontal ou extensão do efeito devolutivo é a afeta à matéria impugnada, ou seja, o que se submete ao julgamento do recurso. Assim, o

165. NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 428.

166. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 345.

recurso não devolverá, em princípio, matéria estranha à decisão impugnada. Nesse sentido, o *caput* do art. 1.013 estabelece que: "a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada".

Assim, em caso de recurso parcial (art. 1.002, CPC/2015)[167], apenas o capítulo impugnado será devolvido ao tribunal, ficando os demais capítulos cobertos pela coisa julgada.

A noção de capítulos da sentença se mostra importante para a análise do efeito devolutivo, pois, além de ser fundamental para a identificação da extensão do efeito devolutivo, funciona como limitador da sua profundidade.

As matérias resolvidas anteriormente, em decisão interlocutória não agravável, também poderão ser objeto de impugnação no recurso ou nas contrarrazões, na forma do art. 1.009 do CPC/2015[168], visto que, em relação a elas, não se opera a preclusão.

Exceção à regra do *caput* do art. 1.013 é o disposto nos §§3° e 4° do art. 1.013 do CPC/2015[169], que consagram a Teoria da Causa Madura, e a regra do art. 1.014 do CPC/2015[170], relacionada ao fato novo não suscitado por motivo de força maior.

O fato novo não se confunde com o fato superveniente. O fato novo poderia ter sido objeto de cognição na decisão recorrida, mas não o foi por motivo de força maior que impediu que a parte suscitasse a questão. A força maior deve ser demonstrada pela parte, para que se admita a cognição acerca do fato novo. A desídia da parte não pode ser considerada força maior.

O fato superveniente não poderia ter sido objeto de cognição na decisão recorrida, pois é posterior a esta, razão pela qual o código autoriza ao julgador conhecer da matéria de ofício, na forma preconizada pelo art. 493[171]. Exatamente pela possibilidade de ser conhecido de ofício, o fato superveniente se insere na dimensão vertical ou na profundidade do efeito devolutivo[172].

Insta se registrar que a análise da profundidade do efeito devolutivo é posterior à analise da extensão deste efeito, visto que somente após a delimitação da matéria que deverá ser julgada é que se definirá os fundamentos que poderão ser invocados pelo julgador para decidir. A dimensão vertical se encontra regida pelo código nos §§ 1° e 2° do art. 1.013:

> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.
>
> § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Como já referido, o capítulo da sentença exerce papel limitativo à profundidade do efeito devolutivo, porquanto apenas em relação ao capítulo impugnado o tribunal poderá ter cognição ampla, em relação a todas as questões suscitadas e discutidas, mesmo que não haja, sobre elas, decisão.

Assim, a profundidade do efeito devolutivo autoriza o tribunal a conhecer das questões incidentais, dos fundamentos não acolhidos do pedido e da defesa, das questões que devem ser examinadas de ofício[173], bem como de outras questões que, embora não examináveis de ofício, foram suscitadas e discutidas e que sejam afetas àquele capítulo.

Por fim, cumpre se analisar a dimensão subjetiva do efeito devolutivo (efeito expansivo subjetivo). Em regra, a interposição de um recurso somente produz efeitos em relação ao recorrente. Trata-se de claro desdobramento da regra consagrada no art. 117 do CPC/2015, na seara recursal:

> Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

Conforme se pode observar, o próprio dispositivo excepciona o litisconsórcio unitário, definido pelo art. 116, como aquele que "[...] pela natureza da re-

167. Art. 1.002. A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

168. Art. 1.009. [...] § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

169. Art. 1.013. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação. § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

170. Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

171. Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

172. Nelson Nery Júnior classifica aspectos da dimensão vertical e da subjetiva do efeito devolutivo como efeito translativo e efeito expansivo, conferindo autonomia destes efeitos em relação àquele (NERY JÚNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 477-488).

173. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [...] IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. [...]

lação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes"[174]. Por esta razão, o CPC/2015, ao transportar as regras acima para as disposições gerais dos recursos, estabeleceu, no art. 1.005, o seguinte:

> Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.
>
> Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.

Consoante se pode notar, o *caput* do art. 1.005 consagra regra, segundo a qual, o recurso do litisconsorte unitário a todos aproveita, ao passo que, em relação ao litisconsórcio simples, não se pode extrair a expansão subjetiva do efeito devolutivo.

O parágrafo único excepciona a regra, pois estende a regra do litisconsórcio unitário para as hipóteses de solidariedade passiva, que não necessariamente se apresentarão como hipótese de litisconsórcio unitário. A solidariedade passiva pode configurar litisconsórcio unitário ou simples, dependendo da divisibilidade ou não do bem jurídico.

4.4. Efeito Regressivo

O efeito regressivo é aquele que confere autorização para o juízo recorrido se retratar da decisão proferida, prolatando nova decisão. Ressalte-se que tal efeito não autoriza o juízo recorrido a rejeitar o recurso, mas apenas a se retratar em relação ao que foi objeto de impugnação.

Verifica-se esse efeito, na sistemática do CPC/2015, nos casos de indeferimento da inicial (art. 331, CPC/2015), de sentença de improcedência liminar do pedido (art. 332, §3°, CPC/2015), de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 485, §7°, CPC/2015)[175], de interposição de agravo de instrumento (art. 1.018, §1°, CPC/2015)[176], de agravo interno (art. 1.021, §2°, CPC/2015)[177], de recursos especial e extraordinário (quando interpostos contra decisões contrárias a entendimento firmado nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos, consoante dispõe o art. 1.040, II, CPC/2015)[178]

174. Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

175. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

176. § 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

177. § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

178. II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de

e de agravo em recurso especial e em recurso extraordinário (art. 1042, §4°, CPC/2015)[179].

Todavia, conforme já explicitado no capítulo 3, não haverá efeito regressivo, quando o recurso for intempestivo, visto que este vício opera efeitos *ex tunc*, impedindo que o juízo recorrido se retrate, conforme inteligência do enunciado 293 do FPPC, segundo o qual: "Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo *a quo* retratar-se".

Exceção a esta regra diz respeito ao efeito regressivo existente nos recursos especial e extraordinário, quando o presidente (ou o vice-presidente) do tribunal recorrido verificar que o acórdão recorrido divergir de entendimento firmado pelo STF e pelo STJ, exarados nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos (art. 1040, II, CPC/2015). Nessa hipótese, o presidente (ou o vice-presidente) do tribunal deve remeter os autos para o órgão recorrido, para se viabilizar o juízo de retratação.

Ocorre que, nessa hipótese, o presidente (ou o vice-presidente) do tribunal somente deve remeter os autos para o órgão prolator da decisão após realizar o juízo de admissibilidade. Assim, em nenhuma hipótese - nem mesmo em caso de intempestividade - o juízo recorrido pode deixar de exercer o juízo de retratação, pois tal requisito de admissibilidade já foi analisado por órgão que lhe é superior.

Impende se esclarecer que o órgão recorrido não está obrigado a se retratar. A remessa dos autos pelo presidente, ou pelo vice-presidente, não os vincula ao mérito, uma vez que estes não têm competência funcional para analisá-lo, mas apenas para examinar a admissibilidade do recurso em questão.

5. RECURSOS EM ESPÉCIE

5.1. Apelação

O *caput* do art. 1.009 do CPC/2015 dispõe que a apelação é cabível contra sentença[180], assim considerada, nos termos do §1° do art. 203[181], o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, ressalvadas as disposições dos procedimentos especiais.

Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

179. § 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

180. Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

181. Art. 203. [...] § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

A ressalva dos procedimentos especiais é importante, porque há hipóteses em que normas especiais se mostram conflitantes com a sistemática estabelecida pelo CPC/2015, como, por exemplo: (1) nas sentenças proferidas em execuções fiscais de até 50 ORTN – Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, impugnáveis por embargos infringentes de alçada, nos termos do art. 34 da Lei n.° 6.830/1980[182]; (2) no caso de sentença que decreta falência, impugnável por força agravo de instrumento, na forma dos arts. 99 e 100 da Lei n.° 11.101/2005[183]; (3) as sentenças recorríveis por recurso inominado, no âmbito dos Juizados Especiais, conforme art. 41 da Lei n.° 9.099/95[184]; (4) a sentença terminativa, que, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, é irrecorrível, nos termos do art. 5° da Lei 10.259/2001[185].

Todavia, em caráter excepcional, o CPC/2015 admite a possibilidade de cabimento de recurso de apelação contra decisão interlocutória não agravável, consoante o §1° do art. 1.009:

> § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Note-se que a impugnação da decisão interlocutória em sede de contrarrazões ao recurso não se apresenta natureza de recurso independente, mas de recurso subordinado, somente sendo admitido quando o recurso interposto pela outra parte for conhecido. DIDIER e CUNHA admitem, em caráter excepcional, a interposição de recurso de apelação contra a decisão interlocutória, sem que haja impugnação da sentença. Esta seria desconstituída por via reflexa.

> É possível, ainda, que o vencido interponha *apelação apenas para atacar alguma interlocutória não agravável, deixando de recorrer da sentença*. Não é incomum haver decisão interlocutória que tenha decidido uma questão preliminar ou prejudicial a outra questão resolvida ou decidida na sentença – a decisão sobre algum pressuposto de admissibilidade do processo, por exemplo. Impugnada a decisão interlocutória, a sentença, mesmo irrecorrida, ficará sob condição suspensiva: o desprovimento ou o não conhecimento da apelação contra a decisão interlocutória. Se provida a apelação contra a decisão interlocutória, a sentença *resolve-se*; para que a sentença possa transitar em julgado, será preciso aguardar a solução a ser dada ao recurso contra a decisão interlocutória não agravável, enfim[186].

182. Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

183. Art. 99. A sentença que decretar a falência do devedor, dentre outras determinações: [...]; Art. 100. Da decisão que decreta a falência cabe agravo, e da sentença que julga a improcedência do pedido cabe apelação.

184. Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

185. Art. 5º Exceto nos casos do art. 4º, somente será admitido recurso de sentença definitiva.

Data vênia, esta posição merece ponderações, pois, em que pese seja possível recorrer apenas do conteúdo da decisão interlocutória não agravável, não se pode deixar de postular a reforma da sentença. Isso, porque, no exemplo dado pelos autores, o recurso que visa a atacar questão preliminar ou prejudicial, decidida em decisão interlocutória não agravável, necessariamente está buscando a reforma ou a anulação da sentença, inexistindo motivo para que esta deixe de ser impugnada, pois a decisão interlocutória acaba se consubstanciando em fundamento da sentença, que, na nova sistemática implementada pelo CPC/2015, é recorrível.

Ademais, o §1° do art. 1.009 expressamente determina que a impugnação à decisão interlocutória não agravável seja realizada em preliminar de recurso ou de contrarrazões, o que permite a conclusão de que esta impugnação não pode ser a questão principal discutida, inclusive, reforçando a sua natureza de recurso subordinado.

Além disso, a autorização legal para impugnar, no bojo das contrarrazões, a decisão interlocutória não agravável se tornaria uma disposição despicienda. Se a parte pudesse fazer a impugnação em recurso próprio, não haveria sentido em fazê-la em contrarrazões.

Assim, a parte que, no curso do procedimento, teve uma decisão interlocutória não agravável proferida contra si, caso venha a ser sucumbente na sentença, poderá impugnar a decisão interlocutória em preliminar do recurso de apelação proferido contra a sentença. Caso venha a ser vitoriosa na sentença e outra parte interponha recurso de apelação, a impugnação da decisão interlocutória deverá ocorrer em suas contrarrazões.

Tal solução mantém coerência com a supressão do recurso de agravo retido do nosso ordenamento, que acabou sendo absorvido pelo recurso de apelação, ao qual era subordinado.

Realmente inovadora é a possibilidade de se formular pedido típico de recurso nas contrarrazões. Sob a égide do CPC/1973, as contrarrazões somente serviam para se postular a manutenção da decisão recorrida. Não era possível se formular, aqui, pedido de modificação ou de anulação da decisão.

Nesse sentido, cumpre se observar que a parte que teve uma decisão interlocutória não agravável proferida em seu desfavor e acabou sendo vitorioso na sentença não poderá, em princípio, recorrer de qualquer uma das decisões, porque lhe faltaria interesse de agir em relação ao recurso de apelação interposto contra a sentença.

186. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 167.

Todavia, caso a parte sucumbente na sentença recorra desta, a parte vitoriosa na sentença, que teve uma decisão interlocutória não agravável desfavorável, poderá impugnar esta em sede de contrarrazões de apelação. Inclusive, em respeito ao contraditório, o §2° do art. 1.009 do CPC/2015[187] determina que, o recorrente será intimado para se manifestar a respeito das contrarrazões no prazo de 15 dias.

A apelação é o recurso com o mais amplo efeito devolutivo, uma vez que devolve ao tribunal o conhecimento de todas as questões de fato e direito suscitadas e discutidas, mesmo que não decididas, desde que integrantes do capítulo impugnado[188].

Questão para a qual se deve atentar é a que diz respeito à regra de julgamento consubstanciada nos §§ 3° e 4° do art. 1.009, que consagram a teoria da causa madura. Por ser regra de julgamento, é dispensável o pedido expresso de sua aplicação[189].

Segundo o parágrafo 3° do art. 1.013 do CPC/2015, o tribunal deverá decidir diretamente o mérito do processo – mesmo quando o juízo *a quo* não tiver se manifestado expressamente acerca da questão – quando o processo estiver em condições de imediato julgamento, nas seguintes hipóteses: (1) reforma de sentença terminativa; (2) decretação de nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; (3) constatação de omissão no exame de um dos pedidos; (4) decretação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação[190]. O parágrafo §4° do mesmo dispositivo ainda autoriza o imediato julgamento, quando afastada a prejudicial de mérito da decadência ou prescrição[191].

Além de ampliar significativamente as hipóteses de aplicação da teoria da causa madura – cabível apenas em hipóteses de reforma de sentenças terminativas, no CPC/73 –, os §§3° e 4° do art. 1.013 do CPC/2015 implementaram

187. Art. 1.009. [...] § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

188. Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

189. SIQUEIRA, Thiago Ferreira Siqueira. A aplicação da "Teoria da Causa Madura" no Sistema Recursal do Novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. (Coord.). Recursos e Duração Razoável do Processo. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 508

190. Art. 1.013. [...] § 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I - reformar sentença fundada no art. 485; II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

191. Art. 1.013. [...] § 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

modificações no tocante aos requisitos para a aplicação da regra de julgamento, haja vista que o §3° do art. 515 do CPC/1973[192] exigia o preenchimento de dois requisitos: (1) a causa versar exclusivamente sobre direito e (2) estar em condições de imediato julgamento. Na nova sistemática, apenas o segundo requisito subsiste, pois, de fato, não há lógica em se impedir o imediato julgamento, quando a causa versar sobre questão de fato e de direito, mas não haja necessidade de se produzir novas provas.

O efeito suspensivo do recurso de apelação será automático, salvo quando se estiver diante de alguma das hipóteses do §1° do art. 1.012, quais sejam, na de sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta a interdição.

A sentença que homologa divisão ou demarcação de terras não possui efeito devolutivo. Todavia, convém se observar que o procedimento especial destas ações prevê um procedimento escalonado, em duas fases, sendo que apenas a sentença que encerra a segunda fase é que se apresenta prevalentemente executiva. Apenas o recurso contra esta decisão é despido de efeito suspensivo.[193].

A sentença que condena ao pagamento de alimentos necessariamente deve produzir efeitos de modo imediato, pois, caso contrário, poder-se-ia estar a privar o alimentando do seu mínimo existencial e, portanto, atentando contra a sua dignidade.

Na execução fundada em título executivo extrajudicial, o executado se defende através do oferecimento de embargos do executado. A execução fundada em título executivo extrajudicial é sempre definitiva, conforme Súmula 317 do STJ, que enuncia que: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra a sentença que julgue improcedentes os embargos". Portanto, a sentença que extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado produz efeitos imediatamente, salvo quando os embargos forem opostos pela Fazenda Pública – pois, nesse caso, o regime de pagamento através de precatórios e obrigações de pequeno valor pressupõe o trânsito em julgado (art. 100, § 5°, CRFB)[194].

Também não é dotado de efeito suspensivo o recurso que impugna a sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem, em uma cla-

192. Art. 515. [...] § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) (REVOGADO).

193. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 330 e 333.

194. Art. 100. [...] § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

ra opção legislativa de privilegiar este método de solução de conflito. Nesse mesmo sentido, cumpre se anotar que o CPC/ 2015 fez uma nítida escolha no sentido de tratar a arbitragem como atividade jurisdicional, com competência funcional (art. 3°, §1° e art. 42)[195], instituindo um verdadeiro sistema de cooperação jurisdicional entre juízo judicial e arbitral, através da carta arbitral (art. 69, §1°, 189, IV, 237, IV, 260, §3°)[196], e considerando a sentença arbitral um título executivo judicial (art. 515, VII)[197], sujeita ao procedimento de cumprimento de sentença (art. 516, III)[198].

A sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória também produz efeito imediatamente, de modo que a apelação que lhe impugna é desprovida de efeito suspensivo. Saliente-se que a tutela provisória aqui referida deve ser compreendida não apenas como a tutela de urgência, mas também como a tutela de evidência, conforme preconizado pelo Enunciado n.° 217 do FPPC: "A apelação contra capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada de evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático".

A sentença que decreta a interdição tem natureza constitutiva e produz efeitos imediatamente. Não obstante esta hipótese não constasse do art. 520 do CPC/1973 como decisão que não se sujeitava a efeito suspensivo do recurso, o

195. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. / Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

196. Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código./ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo./ Art. 237. Será expedida carta: V - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória./ Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz. § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

197. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral;

198. Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

art. 1.184 do CPC/73[199] enunciava que a sentença de interdição produzia efeito desde logo. Assim, não se está diante de nenhuma inovação.

Ressalva que não pode deixar de ser feita diz respeito à decisão proferida pelo STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.728-PE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/5/2013, noticiado no informativo 0524, no qual ficou decidido que **a sentença de** interdição **não tem, como efeito automático, a extinção do** mandato **outorgado pelo interditando ao advogado para sua defesa na demanda** de interdição, sob pena de violação do seu direito de defesa.

Portanto, aqui se está diante de nítida exceção ao disposto no inciso VI do §1° do art. 1.012 do CPC/2015 e no art. 682, II, do Código Civil[200]. Decretada a interdição, a sentença produz efeitos imediatamente, e cessam os mandatos outorgados a terceiros, salvo o mandato outorgado para a defesa do interditando no próprio processo de interdição.

Nas hipóteses que o código estabelece que a sentença produzirá efeitos imediatamente, o recurso de apelação não será dotado de efeito suspensivo *ope legis*. Todavia, é assegurado ao recorrente postular este efeito *ope judicis*, quando este demonstrar (1) a probabilidade de provimento do recurso "ou" (2) quando relevante a fundamentação, houver fundado risco de dano grave ou de difícil reparação[201].

Impende se salientar que o legislador optou por conferir tratamento especial ao recurso de apelação e aos embargos de declaração em relação à concessão de efeito suspensivo, visto que, enquanto nesses recursos os requisitos para a sua concessão são alternativos, nos demais recursos, os requisitos são cumulativos, a teor do parágrafo único do art. 995 do CPC/2015, que dispõe:

> Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.
>
> Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

A competência para conferir efeito suspensivo também foi modificada com o novo Código de Processo Civil, pois, como o juiz de primeiro grau não possui mais atribuição para realizar o juízo de admissibilidade, por óbvio, não realiza-

199. Art. 1.184. A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

200. Art. 682. Cessa o mandato: [...] II - pela morte ou interdição de uma das partes;

201. Art. 1.012. [...] § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

rá qualquer juízo sobre as etapas seguintes. Por esta razão, o §3º do art. 1.012 estabelece que o requerimento de efeito suspensivo será dirigido ao tribunal - no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição - e ao relator - se já distribuída a apelação[202].

Ressalte-se que o requerimento de efeito suspensivo dirigido ao tribunal pode ser realizado por petição simples e será distribuído a um relator, que ficará prevento, salvo se recurso interposto anteriormente já houver estabelecido a prevenção de um relator para o julgamento do recurso de apelação, nos termos do parágrafo único do art. 930 do CPC/2015[203].

Após o relator receber o recurso de apelação, passará ele ao julgamento monocrático deste, nas hipóteses do art. 932, incisos III a V[204], ou devolverá os autos à secretaria, acompanhado do seu voto, para que seja marcada data para julgamento pelo colegiado[205].

O CPC/2015 autoriza o julgamento monocrático, pelo relator, dentro de uma lógica de um sistema vinculado a uma teoria dos precedentes. Abandonou, assim, o modelo anterior de jurisprudência persuasiva.

Durante a vigência do CPC/73, não raramente o relator julgava o recurso de apelação monocraticamente, com fundamento em uma suposta "jurisprudência dominante do respectivo tribunal" (art. 557)[206], que, na verdade, consubstanciava-se em um único acórdão, proferido pelo mesmo órgão julgador.

202. § 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação.

203. Art. 930. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade. Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo.

204. Art. 932. Incumbe ao relator: III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

205. Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator: I – decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V; II – se não for o caso de decisão monocrática, elaborará seu voto para julgamento do recurso pelo órgão colegiado.

206. Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

O CPC/2015, por outro lado, afasta a possibilidade de o relator julgar monocraticamente, com fundamento em jurisprudência persuasiva. O julgamento monocrático somente estará autorizado, quando o recurso ou a decisão forem contrários a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

5.2. Agravo de Instrumento

O recurso de agravo de instrumento sofreu profundas modificações com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, visto que este previu, de forma taxativa, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, modificando o sistema de preclusões anterior.

Assim, não será toda decisão interlocutória que será objeto de agravo de instrumento, mas somente aquelas que versarem sobre alguma das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC/2015. As decisões interlocutórias que não se enquadrarem no art. 1.015 e, portanto, não forem passíveis de impugnação através de agravo de instrumento, não se sujeitam à preclusão, podendo ser arguidas em preliminar de apelação ou de contrarrazões de apelação, na forma do §1º do art. 1.009 do CPC/2015.

Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que, apesar da taxatividade das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, previstas no art. 1.015, o dispositivo admite interpretação extensiva, tal quais ocorre com o recurso em sentido estrito no processo penal, com as hipóteses de cabimento da ação rescisória e da lista de serviços tributáveis para fins de incidência do ISS. Para referidos autores, tais exemplos comprovam que a taxatividade não é incompatível com a interpretação extensiva[207].

Tal orientação deve ser referendada, porquanto a mudança de paradigma objetiva privilegiar a eficiência e a duração razoável do processo. Entretanto, não admitir a interpretação extensiva poderia atentar exatamente contra os objetivos da norma, haja vista que poderia ensejar a prática de vários atos processuais que seriam anulados posteriormente, como se demonstrará.

Em posição diversa, MARINONI sustenta que seria possível se aplicar a analogia às hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC/2015[208]. Todavia, tal posição não pode ser referendada, pois não se pode confundir interpretação exten-

207. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 209-212

208. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2. p. 534

siva com analogia, sendo certo que esta última é incompatível com a natureza de rol taxativo.

Enquanto a primeira se apresenta como técnica de hermenêutica voltada a extrair o sentido colimado pela norma, em situações em que a designação legal se mostre demasiadamente estreita, a segunda é voltada para a aplicação do direito em hipóteses de lacuna da lei.

> A analogia enquadra-se melhor na Aplicação do que na Hermenêutica do Direito; serve para suprir as lacunas dos textos; não para descobrir o sentido e alcance das normas positiva. O intérprete opera dedutivamente; e a analogia tem por base uma indução completa.
>
> [...]
>
> Do exposto já ficou evidente não ser lícito equiparar a analogia à interpretação extensiva. Embora se pareçam à primeira vista, divergem sob mais de um aspecto. A última se atém "ao conhecimento de uma regra legal em sua particularidade em face de outro querer jurídico, ao passo que a primeira se ocupa com a semelhança entre duas questões de direito". Na analogia há um pensamento fundamental em dois casos concretos; na interpretação é uma idéia estendida, dilatada, desenvolvida, até compreender outro fato abrangido pela mesma implicitamente. Uma submete duas hipóteses práticas à mesma regra legal; a outra, a analogia, desdobra um preceito de modo que se confunda com outro que lhe fica próximo.
>
> A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins; a interpretação extensiva completa a norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste.
>
> Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresso, a interpretação extensiva pressupõe a existência do mesmo; a primeira tem por escopo a pesquisa de uma idéia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma nova, esta apenas esclarece a antiga; numa o que entende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata.
>
> Em resumo: a interpretação revela o que a regra legal exprime, o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito libera; a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma.
>
> Identificam-se a analogia e a exegese ampla, quanto a uma particularidade, têm um ponto comum: uma e outra servem para resolve casos não expressos pelas palavras da lei.[209]

209. MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 17ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 213-215

A questão da admissibilidade da interpretação extensiva tem se mostrado uma verdadeira celeuma na jurisprudência, em especial nos tribunais estaduais que tem manifestado os mais variados posicionamentos.

Até o fechamento da presente edição, a análise dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, acerca do tema, permitiu a constatação de existir divergência interna acerca da admissibilidade ou não da interpretação extensiva.

A Segunda Turma – por ocasião dos julgamentos do REsp 1.695.936/MG e do REsp 1.694.667/PR – admitiu a utilização de interpretação extensiva em duas hipóteses, asseverando que entendimento em sentido diverso poderia dar ensejo ao uso excessivo do mandado de segurança.

Na primeira hipótese, tratada no REsp 1.695.936/MG, a Segunda Turma do STJ admitiu o uso do agravo de instrumento interposto contra a decisão que rejeitou o pedido de reconhecimento da prescrição, com fundamento no inciso II do art. 1.015 do CPC/2015[210]. A controvérsia sob o cabimento ou não do agravo decorreu do entendimento manifestado pelo juízo de primeiro grau e pelo TJ/MG, no sentido de que apenas a decisão que acolhe o pedido de prescrição ou decadência seria recorrível por agravo, a partir da interpretação literal do art. 487, II, do CPC/2015:

> Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...]
>
> II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

Segundo tal entendimento, caso a decisão reconhecesse a prescrição (decisão positiva) e ela fosse parcial (parcela do processo) seria cabível o agravo de instrumento. Por outro lado, caso a decisão rejeitasse (decisão negativa) a prescrição, o recurso não se mostraria cabível.

Não foi esse o entendimento adotado pela Segunda Turma do STJ, o qual admitiu a interposição do agravo de instrumento tanto na hipótese de acolhimento ou rejeição do pedido de reconhecimento de prescrição e decadência.

Em outro caso, por ocasião do julgamento do REsp 1.694.667/PR, se discutia o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que nega efeito suspensivo aos embargos à execução, uma vez que a literalidade do inciso X do art. 1.015 somente admite a interposição do recurso contra a decisão que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo dos embargos à execução. Nesse julgamento, a Segunda Turma do STJ admitiu o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que indefere o efeito suspensivo por entender que o pedido de concessão de efeito suspensivo tem natureza jurídica de tutela provisória de urgência, subsumindo-se ao disposto no inciso I do art. 1.015 do CPC/2015.

210. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: II - mérito do processo.

Da mesma forma, a Quarta Turma do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.679.909/RS, entendeu que a decisão interlocutória relacionada à definição de competência seria impugnável por agravo de instrumento, por interpretação extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015 (rejeição da alegação de convenção de arbitragem), já que ambas possuem a mesma *ratio*.

Todavia, o Ministro Marco Aurélio Belizze da Terceira Turma do STJ tem julgado monocraticamente em sentido contrário, considerando inadmissível a utilização da interpretação extensiva. Tal Ministro entendeu, monocraticamente, que as seguintes decisões não são impugnáveis por agravo de instrumento: 1ª) decisão que rejeitou a preliminar de incompetência relativa (REsp 1.709.809/MG); 2ª) decisões que declinam de competência (REsp 1.703.550/MG e REsp 1.700.500); 3ª) decisão que recebeu os embargos à execução somente no efeito devolutivo – negando o efeito suspensivo (REsp 1.700.418).

Por todo o exposto, pode-se concluir que, atualmente, há um entendimento jurisprudencial predominante no Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a interpretação extensiva em relação às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento elencadas no art. 1.015 do CPC/2015.

Feita tais considerações, cumpre se passar à análise de cada um dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015.

A primeira hipótese de cabimento, prevista no inciso I[211] do art. 1.105 do CPC/2015 diz respeito às decisões que deferem, indeferem, modificam ou revogam as tutelas provisórias, de evidência ou de urgência. Estas podem ser satisfativas ou cautelares.

Nesse sentido, cumpre se observar que o FPPC editou o enunciado n.° 29, segundo o qual: "A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento". Contudo, não se pode olvidar que, ainda sob a égide do CPC/73, existia forte orientação jurisprudencial no sentido de que a mera postergação da apreciação da tutela provisória para momento posterior ao estabelecimento do contraditório não possuiria conteúdo decisório e, portanto, não seria recorrível[212].

211. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias.

212. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESPACHO QUE POSTERGA APRECIAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO CABIMENTO. 1. O ato judicial que posterga a análise do pedido de liminar para após a oitiva do ex adverso é insuscetível de combate mediante agravo de instrumento. Sem qualquer conteúdo decisório, não poderia o pronunciamento ser reformado pelo tribunal sob pena de induvidosa supressão de instância..." (TJES; AGInt-AI 0019672-06.2012.8.08.0024; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Willian Silva; Julg. 17/07/2012; DJES 25/07/2012).

A segunda hipótese de cabimento diz respeito à possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento contra decisões que analisem o mérito do processo, nos termos do inciso II do art. 1.015 do CPC/2015[213].

Tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 203 do novo Código, pois somente serão impugnáveis por intermédio de agravo de instrumento os pronunciamentos judiciais de cunho decisório, fundados no art. 487[214], que não colocarem fim à fase cognitiva do procedimento comum, nem extinguirem a execução[215].

Assim, serão impugnáveis, por agravo de instrumento, as decisões parciais de mérito, que, inclusive, podem transitar em julgado, formando coisa julgada, nos termos do §3° do art. 386 do CPC/2015[216].

Nesse sentido, é o Enunciado n.° 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual: "A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento".

Questão digna de observação diz respeito à interposição de agravo de instrumento no tocante à hipótese prevista no inciso III do art. 487, quando o magistrado homologar: (a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; (b) a transação; e (c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção, apenas em relação a parcela do objeto litigioso.

Seria possível, em tese, a interposição de agravo de instrumento, quando o juízo homologasse apenas parcialmente as manifestações de vontade, desnaturando a manifestação de vontade externada ou prejudicando a parte a quem ela beneficiaria.

Admitir-se-ia, também, a interpretação extensiva para se considerar inserido, no inciso III do art. 487, todas as hipóteses de autocomposição. Nesse sentido, cumpre se observar que as espécies de autocomposição previstas em

213. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: II – mérito do processo.

214. Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

215. Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

216. Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

referido dispositivo (renúncia, reconhecimento do pedido e transação) estão de acordo com doutrina clássica sobre o tema que identifica duas ou três formas de materialização da autocomposição. DIDIER JR. se refere a duas espécies: "a) transação: os conflitantes fazem concessões mútuas e solucionam o conflito; b) submissão: um dos conflitantes se submete à pretensão do outro voluntariamente, abdicando dos seus interesses"[217]. Já CARREIRA ALVIM afirma que as hipóteses autocompositivas se dividem em: "a) renúncia ou desistência; b) submissão ou reconhecimento; e c) transação" [218].

Tais classificações não apresentam distinção relevante, pois se diferenciam apenas pela aglutinação ou não das pretensões de autor e réu, sendo possível se concluir que ambas, em conteúdo, derivam da classificação sugerida por ALCALÁ-ZAMORA, na clássica obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*.

> Dijimos en el número 1 de la lección 1°, que el término autocomposicion se debe a Carnelutti, de quien proviene asimismo el epígrafe equivalentes jurisdiccionales, dentro del cual incluye las tres especies (renuncia, allanamiento y transacción) que de aquélla acepta.[219]

Ambas as classificações se prendem ao conceito de lide, já que partem da ideia de que o conflito de interesses resistido, ou não satisfeito, somente pode ser solucionado através da sucumbência dos interesses das partes.

Data vênia, a classificação não se mostra mais adequada à moderna concepção de processo cooperativo (CPC/2015, art. 6º[220]), ao Sistema de Mútiplas Portas instituído pelo CPC/2015 e ao modelo de negociação e mediação acolhido pelo Conselho Nacional de Justiça, em seu Manual de Mediação - que incorporou técnicas da Escola de Harvard, a partir de negociação baseada em princípios, fundadas em: "i) separação das pessoas do problema; ii) foco nos interesses e não em posições; iii) geração de opções de ganhos mútuos; e iv) utilização de critérios objetivos"[221].

Desse modo, "o foco nos interesses e não nas posições" pode levar a uma solução que não importa em nenhuma sucumbência total ou parcial para qualquer uma das partes, razão pela qual não se pode restringir o conceito de autocomposição à renúncia, à submissão e à transação.

217. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 167

218. ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria Geral do Processo. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. E-book.

219. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: UNAM, 2000. p. 71.

220. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

221. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição. Brasília/DF: CNJ, 2015. p. 68. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf> Acesso em 21/04/2016.

Por esta razão, o inciso III do art. 487 não pode ser interpretado literalmente para contemplar apenas a renúncia, o reconhecimento do pedido e a transação. Tal dispositivo deve ser interpretado como decisão de autocomposição, assim considerada como aquela não adjudicada, que, fundada na vontade das partes, decide, no todo ou em parte, o mérito do processo.

A terceira hipótese prevista no art. 1.015 do CPC diz respeito à decisão que *rejeita* a alegação de arbitragem[222]. Apenas a decisão que rejeita a alegação de arbitragem é agravável, pois a decisão que acolhe a alegação de arbitragem acarretará a extinção do processo sem julgamento do mérito e, portanto, será impugnável através da interposição de recurso de apelação.

DIDIER JR. e CUNHA lecionam que a decisão referente à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência, razão pela qual o dispositivo deve receber interpretação extensiva, para abarcar todas as decisões que versem sobre competência[223]. Referidos autores ainda sustentam que a convenção de arbitragem tem natureza de negócio jurídico processual, razão pela qual o inciso III do art. 1.015 ainda admitiria interpretação extensiva, para impugnar toda decisão que negue eficácia a negócio jurídico processual.

O CPC/ 2015 fez uma clara opção por tratar a arbitragem como atividade jurisdicional, com competência funcional (art. 3°, §1° e art. 42)[224], instituindo um verdadeiro sistema de cooperação jurisdicional entre juízo judicial e arbitral, através da carta arbitral (art. 69, §1°, 189, IV, 237, IV, 260, §3°)[225], e consi-

222. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem.

223. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 216.

224. Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. / Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

225. Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: I - auxílio direto; II - reunião ou apensamento de processos; III - prestação de informações; IV - atos concertados entre os juízes cooperantes. § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código./ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo./ Art. 237. Será expedida carta: V - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória./ Art. 260. São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz. § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

derando a sentença arbitral um título executivo judicial (art. 515, VII)[226], sujeita ao procedimento de cumprimento de sentença (art. 516, III)[227].

Nesse sentido, o art. 485, VII, do CPC/2015[228] prevê a extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando o juízo arbitral reconhecer a sua competência. Trata-se de consagração do *kompetenz-kompetenz* em favor do juízo arbitral, o que implica a extinção do processo judicial. Tal decisão é impugnável através de recurso de apelação.

Todavia, caso o juiz se recuse a reconhecer a validade da decisão do juízo arbitral que reconheceu sua própria competência, será admissível a interposição de agravo de instrumento, nos termos do Enunciado 435 do FPPC, *in verbis*: "Cabe agravo de instrumento contra a decisão do juiz que, diante do reconhecimento de competência pelo juízo arbitral, recusar-se a extinguir o processo judicial sem resolução de mérito".

A quarta hipótese de cabimento de agravo de instrumento diz respeito à decisão interlocutória que resolve o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Assim, somente será cabível agravo de instrumento caso a decisão acerca da desconsideração não se encontre no bojo de pronunciamento judicial que coloque fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extinga a execução, pois, nessa hipótese, será cabível apelação, na forma do Enunciado n.º 390, *in verbis*: "Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação". Para que seja cabível o agravo de instrumento, a decisão acerca da desconsideração da personalidade jurídica deve ser interlocutória.

A quinta hipótese de cabimento de agravo de instrumento diz respeito à decisão que rejeita ou revoga o pedido de gratuidade de justiça, nos termos do inciso V do art. 1.015 do CPC/2015[229].

Assim, apenas a decisão que nega a gratuidade de justiça é agravável. A decisão que defere a gratuidade de justiça, de seu flanco, somente pode ser atacada através de recurso de apelação ou em sede de contrarrazões de apelação, caso tenha sido objeto de impugnação, na forma do art. 100 do CPC/2015[230].

226. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral.

227. Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

228. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

229. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação.

230. Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso. Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé,

Portanto, uma vez deferido o benefício, tal decisão é irrecorrível, podendo ser objeto de impugnação. Caso a impugnação não seja acolhida, a decisão que não acolheu os seus fundamentos é impugnável na sentença ou nas contrarrazões.

Ademais, somente será cabível agravo de instrumento caso a decisão acerca da gratuidade não seja proferida no bojo da sentença. Nesse sentido, o *caput* do art. 101 do CPC/2015 dispõe que: "contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação".

Cumpre se observar que este agravo, excepcionando a regra geral, terá efeito suspensivo automático, na forma preconizada pelos §§1º e 2º do art. 101 do CPC/2015.

> § 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.
>
> § 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Questão que pode suscitar dúvidas diz respeito ao cabimento de recurso contra decisão que defere a concessão modulada do benefício da gratuidade de justiça, na forma do §5º do art. 98, que estabelece que: "A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento".

O escopo do CPC/2015, ao prever o cabimento de recurso de agravo de instrumento apenas contra a decisão que indefere ou revoga a gratuidade de justiça – sem prever recurso cabível para a decisão que defere o benefício –, foi não obstaculizar o acesso à justiça aos indivíduos hipossuficientes.

Desse modo, o deferimento parcial da gratuidade de justiça pode se apresentar como efetiva barreira ao acesso à justiça e equivale ao indeferimento ou revogação do benefício. Por esta razão, deve ser admitido o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere tal benesse parcialmente, modulando seus efeitos, com fundamento no inciso V do art. 1.015 do CPC/2015.

A sexta hipótese de cabimento do agravo de instrumento diz respeito à decisão relativa à exibição ou posse de documento ou coisa[231].

O CPC/2015 não reproduziu o procedimento cautelar autônomo de exibição de documento ou coisa (previsto no Código anterior, precisamente nos arts. 844 e 845). Todavia, tal medida continua sendo possível a partir do procedimento de tutela cautelar, requerida em caráter antecedente, na forma pre-

até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

231. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: VI – exibição ou posse de documento ou coisa.

conizada pelos artigos 305 a 310 do CPC/2015. A decisão proferida no bojo desse procedimento é impugnável por meio de agravo de instrumento.

Outra hipótese de exibição de documento ou coisa diz respeito ao procedimento probatório incidente, previsto nos artigos 396 a 404 do novo Código. Quando tal incidente for instaurado contra a outra parte do processo, não há dúvida de que será impugnável por agravo de instrumento.

Todavia, questão que gera maior dúvida refere-se àquelas situações em que o procedimento é instaurado em face de terceiro. DIDIER e CUNHA afirmam que, em tal hipótese, não se verificará a existência de *incidente processual*, mas de *processo incidente*, o que resultará em uma decisão com natureza de sentença[232].

BODART diverge dessa opinião, ao afirmar que as naturezas dos pronunciamentos judiciais no CPC/73 e no CPC/75 possuem naturezas distintas, de modo que, no novo diploma, o procedimento de exibição de documento ou coisa em face de terceiro terá natureza de incidente, assim como o procedimento instaurado em desfavor da parte contrária.

> A ordem e exibição dirigida em face de terceiro possui algumas peculiaridades, tendo o CPC/2015 introduzido mudanças em relação ao Código anterior.
>
> Reproduzindo o art. 360 do CPC/73, dispõe o art. 401 do CPC/2015 que o terceiro será "citado" para responder ao requerimento de exibição. Entretanto, quanto à natureza do provimento que julga o requerimento de exibição em face de terceiro, diferem os dois Códigos. Enquanto o art. 361 do CPC/73 faz referência a "sentença", o art. 402 do CPC/2015 afirma tratar-se de "decisão".
>
> [...]
>
> Se o requerimento de exibição em face de terceiro passa a ser julgado por "decisão", e não mais por sentença, será sempre apreciado no bojo de incidente processual, nos próprios autos do processo formulado. Não há a formação de nova relação jurídica processual, nem a instauração de novo processo em apartado.
>
> [...]
>
> A decisão interlocutória que julga o incidente de exibição em face de terceiro desafia a interposição de agravo de instrumento (art. 1.015, VI, do CPC/2015)[233]

232. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016.p. 220.

233. BODART, Bruno Vinicius da Rós. Da Exibição de Documento ou Coisa. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 590.

Defendendo posição intermediária, mais consentânea com o novo Código, MARCELO ABELHA advoga a natureza de ação do procedimento de exibição de documento ou coisa em face de terceiro. Contudo, apenas a decisão de rejeição do pedido seria impugnável por recurso de apelação. Caso o juiz julgue procedente ou improcedente o pedido, a decisão será interlocutória, sujeitando-se a recurso de agravo de instrumento, pois, não obstante o pedido tenha natureza de demanda incidental, utiliza-se ele da mesma base procedimental da ação principal[234].

Por fim, pode ser ajuizada ação exibitória autônoma – ação de obrigação de fazer. Nesse caso, a decisão que defere a tutela de urgência ou de evidência poderá ser impugnada por agravo de instrumento, com fundamento no inciso I do art. 1.015 do CPC/2015. Já a sentença que julga tal ação estará sujeita a recurso de apelação.

Não se pode olvidar que o inciso VI do art. 1.015 faz referência não apenas à *exibição* de documento ou coisa, mas, também, à *posse*. A partir desse vocábulo, GRECO ministra que todas as decisões interlocutórias proferidas nas ações possessórias, tanto de bem móvel como de bem imóvel, sujeitam-se a agravo de instrumento[235].

A sétima hipótese de cabimento de agravo de instrumento se refere à possibilidade de interposição de recurso contra decisão de exclusão de litisconsorte[236]. Tal previsão se mostra em harmonia com os princípios da eficiência e da duração razoável do processo, porque, caso tal decisão somente fosse impugnável após a prolação da sentença, eventual provimento ao recurso eivaria de nulidade todo o processo, em razão de o excluído não ter participado da produção da prova. Assim, indispensável é que se autorize a impugnação imediata da decisão que exclui litisconsórcio.

A oitava hipótese de cabimento de agravo de instrumento se refere à decisão que rejeita o pedido de limitação de litisconsorte[237]. O CPC/2015 consagra, no §1° do art. 113[238], a possibilidade de limitação do litisconsórcio multitudinário, facultativo e simples, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento de sentença. Como tal dispositivo busca assegurar o bom andamento do processo, apenas a decisão que importa na sua rejeição desafia agravo de instrumento.

234. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p 585-586.

235. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. III. p. 158.

236. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: VII – exclusão de litisconsorte.

237. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

238. Art. 113. [...]§ 1º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

Contra a decisão que defere a limitação do litisconsorte não cabe agravo de instrumento, sendo certo que tal decisão não se equivale ao inciso VII do art. 1.015, visto que a limitação do litisconsórcio não importa em exclusão de litisconsorte, já que o processo não é extinto em relação a nenhum dos litisconsortes. A decisão de limitação de litisconsórcio acarreta apenas o desmembramento do processo.

Também não será possível a interposição do agravo de instrumento, quando o juízo, em lugar de proferir decisão de limitação do litisconsorte, optar pela ampliação dos prazos, se esta medida já se mostrar suficiente a assegurar o bom andamento do processo. Tal decisão também não impede que o juízo, posteriormente, em fase de cumprimento de sentença, limite o litisconsórcio. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado n.° 116, com a seguinte dicção: "Quando a formação do litisconsórcio multitudinário for prejudicial à defesa, o juiz poderá substituir a sua limitação pela ampliação de prazos, sem prejuízo da possibilidade de desmembramento na fase de cumprimento de sentença".

A nona hipótese de cabimento de agravo de instrumento concerne à pronunciamento judicial que decide pela admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros[239]. Exceção a essa regra é a decisão que admite ou não a figura do *amicus curiae*, haja vista que tal decisão é irrecorrível, conforme se depreende do art. 138 do CPC/2015[240].

A décima hipótese de interposição de agravo de instrumento se refere à possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra decisão que versar sobre o efeito suspensivo dos embargos à execução[241].

A décima primeira hipótese de cabimento de agravo de instrumento respeita à decisão que versa sobre a redistribuição do ônus da prova, seja ela deferindo ou indeferindo a redistribuição[242]. Por óbvio, tal decisão precisa ser imediatamente impugnável, sob pena de comprometer toda a instrução.

239. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

240. Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae. § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

241. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

242. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

Em princípio, o ônus da prova incumbe ao autor em relação ao fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, no tocante à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 373, I e II, do CPC/2015. Entretanto, o §1° do art. 373, ao adotar a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, autoriza o juízo a modificar fundamentadamente tal ônus.

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
>
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
>
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
>
> § 1° Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A última hipótese de interposição de agravo de instrumento, prevista no inciso XIII do art. 1.015, tem por escopo deixar claro que as possibilidades de interposição desse recurso não se esgotam nos incisos anteriores, também sendo admissível em outros casos expressamente referidos em lei federal[243].

Nesse sentido, o novo Código define, no §2° do art. 203, como decisão interlocutória, todo pronunciamento judicial de natureza decisória, fundado nos artigos 485 e 487, que não coloque fim à fase cognitiva do procedimento comum, nem extingua a execução[244]. Já o parágrafo único do art. 354[245] enuncia expressamente o cabimento de agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória fundada nos arts. 485 e 487.

Nessa direção, o Enunciado n.° FPPC reafirma o seguinte: "É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção".

Outro exemplo diz respeito à possibilidade de interposição de agravo de instrumento, com fundamento no art. 1.037, §13, I, do CPC/2015[246]. Assim,

243. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

244. Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. § 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

245. Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

246. Art. 1.037. [...] § 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. § 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

a parte pode ter o seu processo suspenso até que a questão nele discutida seja decidida em recurso de outro processo, submetido ao regime de recursos repetitivos. Apesar disso, a parte pode formular pedido para que o seu processo tenha prosseguimento, desde que demonstre que a questão discutida no seu processo é diversa da questão dos recursos afetados para julgamento pelo regime de recursos repetitivos.

Nessa hipótese, o recurso de agravo de instrumento poderá ser interposto contra a decisão que indefere o prosseguimento do processo que havia sido suspenso.

Por fim, o parágrafo único do art. 1.015 do CPC/2015[247] enuncia a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, em cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O agravo de instrumento deve - assim como era no Código anterior - ser dirigido diretamente ao tribunal com competência para julgá-lo, contendo: o nome das partes e de seus advogados, bem como o endereço completo destes; a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de anulação da decisão interlocutória; e o pedido. Diante da redação do art. 1.016[248] do CPC/2015, que estabelece tais requisitos, resta claro que subsiste íntegra a norma constante do enunciado de Súmula 182 do STJ, segundo o qual: "É inviável o agravo que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

Ademais, a petição deve ser instruída, obrigatoriamente, com cópias das principais peças do processo, quais sejam: da petição inicial; da contestação; da petição que realizou o requerimento que deu ensejo à decisão agravada; da decisão recorrida; da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados que representam as partes – tal exigência é dispensada em relação às partes assistidas pela Defensoria Pública, uma vez que os Defensores Públicos não necessitam de procuração, salvo em relação à prática de atos nos quais sejam exigidos poderes especiais –; comprovante de pagamento das custas e do porte de retorno – caso a parte não seja beneficiária da justiça gratuita. Caso não haja quaisquer dos documentos anteriormente referidos, o patrono do agravante poderá declarar sua inexistência, sob sua responsabilidade. A petição do agravo poderá vir instruída, facultativamente, com outras peças que o agravante reputar relevante.

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau; II - agravo interno, se a decisão for de relator.

247. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

248. Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos: I – os nomes das partes; II – a exposição do fato e do direito; III – as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido; IV – o nome e o endereço completo dos advogados constantes do processo.

Segundo o §5° do art. 1.017 do CPC/2015[249], caso se trate de autos eletrônicos, o recurso de agravo de instrumento não precisa ser instruído com os documentos acima referidos, sendo facultativa a juntada de documentos reputados úteis pelo recorrente. Interpretando tal dispositivo, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que:

> A disposição constante do art. 1.017, § 5°, do CPC/2015, que dispensa a juntada das peças obrigatórias à formação do agravo de instrumento em se tratando de processo eletrônico, exige, para sua aplicação, que os autos tramitem por meio digital tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição. (REsp 1.643.956-PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 9/5/2017, DJe 22/5/2017 – Informativo 605)

Não é possível se julgar inadmissível o recurso que possua vício sanável na petição que o materializa, ou nos documentos que o acompanham, antes que seja dada oportunidade ao agravante, para que sane o vício, nos termos do parágrafo único do art. 932 que dispõe: "Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível".

O agravante deverá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo, do comprovante de sua interposição e da relação de documentos que instruíram o recurso, no prazo de 3 dias, salvo se o processo for eletrônico, pois, nessa última hipótese, o juízo recorrido já terá acesso ao teor do recurso e já terá elementos para exercer ou não o juízo de retratação. O não atendimento deste requisito acarreta preclusão temporal e, por consequência, o não conhecimento do recurso, por expressa disposição do §3° do art. 1.018 do CPC/2015[250].

O CPC/2015 acabou com a figura do revisor. Assim, o relator deverá decidir se é caso de rejeição ou de recebimento do recurso e, nesta última hipótese, deferir ou não o efeito suspensivo ou a antecipação de tutela, caso não seja hipótese de negativa de provimento, de forma monocrática.

Não sendo caso de rejeição do recurso, nem de desprovimento monocrático, o relator intimará o agravado e o Ministério Público – se for caso de sua

249. Art. 1.017. § 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

250. Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso. § 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. § 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento. § 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

intervenção –, para se manifestarem, e solicitará dia para julgamento em prazo não superior a 01 mês da intimação do agravado.

5.3. Agravo Interno

O recurso de agravo interno destina-se a impugnar decisões monocráticas proferidas por tribunal ou turma recursal[251], sendo certo que não se restringe à impugnação exclusiva de decisões de relatores, mas também de presidentes e vice-presidentes de tribunais – inclusive, a Lei n.° 8.038/90, que institui normas procedimentais para processos perante o STF e STJ, consagra expressamente esta possibilidade em seu art. 39[252].

O *caput* do art. 1.021 do CPC/2015 prevê o cabimento do recurso em exame contra decisões proferidas pelo relator, observadas, quanto ao seu processamento, as regras do regimento interno do tribunal[253].

O agravo será dirigido ao relator, que determinará a intimação do agravado, para que este se manifeste no prazo de 15 dias. Após tal manifestação, caso aquele não se retrate, o relator deverá incluir o recurso em pauta para julgamento colegiado, não podendo rejeitá-lo.

Note-se que o §3° do art. 1.021 do CPC/2015[254] expressamente proíbe que o relator julgue improcedente o agravo interno, limitando-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada. Tal vedação já poderia ser extraída do art. 489, §1°, IV, do CPC/2015[255]. Contudo, o legislador entendeu ser relevante estabelecer uma vedação expressa a tal conduta, diante da sua reiterada prática pelos tribunais, conforme se percebe a partir do Informativo STJ n.° 592:

> DESTAQUE
>
> É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.
>
> INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

251. Enunciado FPPC n.º 464. A decisão unipessoal (monocrática) do relator em Turma Recursal é impugnável por agravo interno. / ENUNCIADO FONAJE n.º 15 – Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544 e 557 do CPC. (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ ES).
252. Art. 39 - Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias.
253. Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.
254. Art. 1.021. [...] § 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.
255. Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

> Cingiu-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1°, IV, do CPC/2015. Sustentou-se que tribunal de origem, ao julgar o agravo regimental que interpusera, limitou-se a reproduzir a decisão monocrática do relator, sem enfrentar os argumentos deduzidos, capazes de alterar o resultado do julgamento. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, impõe-lhe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões capazes de, por si sós e em tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida (art. 489, § 1°, IV). Ademais, conforme prevê o § 3° do art. 1.021 do CPC/2015, é vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno, ainda que "com o fito de evitar tautologia". (REsp 1.622.386-MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016)

Além de ser cabível contra decisões que analisam a admissibilidade e o mérito de recurso, o agravo também é cabível contra a decisão que concede (ou nega) efeito suspensivo ou tutela de urgência. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado n.° 142, com o seguinte teor: "Da decisão monocrática do relator que concede ou nega o efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou que concede, nega, modifica ou revoga, no todo ou em parte, a tutela jurisdicional nos casos de competência originária ou recursal, cabe o recurso de agravo interno nos termos do art. 1.021 do CPC".

No julgamento de agravo interno interposto contra decisão do relator proferida em ação rescisória, mandado de segurança e reclamação, de competência originária do tribunal, caberá sustentação oral, nos termos do art. 937, §3°, do CPC/2015[256].

Segundo o §4° do art. 1.021 do CPC/2015: "Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa". A redação do dispositivo poderia gerar dúvida em relação à necessidade (ou desnecessidade) de a improcedência ser manifesta, assim como a inadmissibilidade. Por esta razão, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o enunciado n.° 358, que esclarece que: "A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4°, exige manifesta inadmissibilidade ou manifesta improcedência".

256. Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do art. 1.021: VI - na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação; § 3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga.

Cumpre se observar que tal multa já existia sob a égide do Código anterior, no §2° do art. 557, no patamar de 1% a 10% do valor da causa. Todavia, o seu teto foi reduzido para 5% do valor da causa, no novo diploma.

Ademais, a multa somente incidirá quando o recurso for julgado manifestamente inadmissível ou improcedente, de forma fundamentada, em votação unânime. Ou seja, não é o desprovimento unânime do recurso que acarretará automaticamente a incidência da multa. Esta somente deverá ser aplicada quando o colegiado entender, de forma unânime e fundamentada, que a inadmissibilidade ou improcedência é manifesta. Nesse sentido, o FPPC editou o enunciado n.° 359, segundo o qual: "A aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4°, exige que a manifesta inadmissibilidade seja declarada por unanimidade".

Duas questões que merecem destaque no tocante à aplicação desta multa e que não podem ser olvidadas dizem respeito a duas orientações firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça sob a égide do CPC/73.

A primeira questão tange à interposição de agravo interno contrário a entendimento firmado, em julgado, pelo rito dos recursos repetitivos. O STJ já possui entendimento firmado no sentido de que "[...] A insistência do agravante em impugnar decisão com esteio na jurisprudência do STJ firmada sob o rito dos recursos repetitivos justifica a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2°, do CPC" (STJ; 2ª T.; AgRg no REsp 1140542/MG; Proc. 2009/0175235-0, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julg. 19/08/2010).

Com o advento do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, tal entendimento tem seu âmbito de aplicação ampliado, de modo que a interposição de agravo interno contra decisão fundada em enunciado de súmula do STJ ou do STF, em acórdão desses tribunais em julgamento de recurso repetitivo, ou, ainda, cimentada em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, sem a demonstração da aplicação da técnica do *distinguishing* e do *overrulling*, certamente acarretará a incidência da multa do § 4° do art. 1.021 do CPC/2015.

Outro importante entendimento que não pode ser esquecido e que se presta ao afastamento da referida multa é o Tema 434, firmado no julgamento do REsp 1198108/RJ, sob o rito do art. 543-C do CPC/73: "O agravo interposto contra decisão monocrática do Tribunal de origem, com o objetivo de exaurir a instância recursal ordinária, a fim de permitir a interposição de recurso especial e do extraordinário, não é manifestamente inadmissível ou infundado, o que torna inaplicável a multa prevista no art. 557, § 2°, do Código de Processo Civil".

Questão que pode suscitar dúvida atine ao depósito prévio da multa para interposição de outros recursos. O §5° do art. 1.021 estabelece que "A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4o, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final".

Apesar de o dispositivo não se referir expressamente ao Ministério Público e à Defensoria Pública, tais instituições autônomas também não estão sujeitas ao depósito prévio da multa.

Isso, porque o art. 91 do CPC/2015 estabelece que: "As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido".

Ademais, sob a égide do CPC/73, tal prerrogativa já era assegurada à Fazenda Pública por força do Art. 1°-A da Lei n.° 9.494/1997, que estabelece que: "Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais".

Como se pode observar, o Art. 1°-A da Lei n.° 9.494/1997, que continua em vigor, não restringe seu âmbito de aplicação à Fazenda Pública, abrangendo todas "as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais", dentre as quais estão inseridas o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Ainda na vigência do CPC/73, a Corte Especial do STJ analisou a incidência de tal dispositivo exatamente em relação à multa decorrente da interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou infundado. Na ocasião, a orientação firmada foi no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais estariam dispensadas do depósito prévio, como decorrência do regime constitucional do pagamento das condenações judiciárias da Fazenda Pública.

> [...] O que se enfatiza, em suma, é que a dispensa prevista no art. 1°-A, da Lei 9.494, de 1997, direciona-se também (ou justamente) para o depósito previsto no § 2° do art. 557 do CPC. Se assim é, a negativa de sua aplicação à hipótese somente seria possível pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma. Ora, esse vício certamente o dispositivo não tem. Com efeito, não há como negar a natureza satisfativa do depósito em exame: é pagamento subordinado à condição suspensiva da manutenção da decisão que condenou o recorrente a pagar a multa. A norma que dispensa sua realização prévia outro sentido não tem, portanto, senão o de protrair o pagamento para o final de demanda, e nesse aspecto está em harmonia com o regime constitucional do pagamento das condenações judiciárias da Fazenda Pública, sujeito a previsão orçamentária após o trânsito em julgado da respectiva sentença (CF, art. 100). Sob este aspecto, mais plausível seria admitir a inconstitucionalidade da exigência de prévio depósito da multa pelas pessoas de direito público. Realmente, a fixação de um pressuposto recursal incompatível com o art. 100 da Constituição (pagamento antecipado, ainda que condicional, do valor da multa) equivaleria a negar à Fazenda Pública o direito de recorrer." [...] (STJ; Corte Especial; EREsp 808525/PR; Proc. 2006/0089834-6; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 19/09/2007, DJ 22/10/2007)

Como se pode notar, todos os fundamentos reconhecidos pelo STJ para afirmar a incidência desta prerrogativa da Fazenda Pública também são aplicáveis ao Ministério Público e à Defensoria, que se submetem ao mesmo regime e às mesmas limitações de ordem financeira.

5.4. Embargos de Declaração

O art. 1.022 do CPC/2015 estabelece que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, com o objetivo de se esclarecer obscuridade, eliminar-se contradição, suprir-se omissão ou se corrigir erro material[257].

O art. 1.022 do CPC/2015 prevê o cabimento de embargos de declaração contra *qualquer decisão judicial.* Tal dispositivo consubstancia exceção ao art. 1.001 do CPC/2015, que, por seu turno, estabelece que: "Dos despachos não cabe recurso".

Não obstante, cumpre se observar que, conforme noticiado no Informativo 886 do STF, a Primeira Turma desse Tribunal não tem admitido o oferecimento de embargos de declaração contra decisão que inadmite o recurso extraordinário.

> ED e juízo de admissibilidade de RE
>
> Os embargos de declaração opostos contra a decisão de presidente do tribunal que não admite recurso extraordinário não suspendem ou interrompem o prazo para interposição de agravo, por serem incabíveis.
>
> Esse é o entendimento da Primeira Turma que, por maioria e em conclusão, converteu embargos declaratórios em agravos regimentais e a eles negou provimento (vide Informativo 700).
>
> Vencidos os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que deram provimento aos agravos, por entenderem que todo pronunciamento com carga decisória desafia embargos declaratórios.
>
> (ARE 688776 ED/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28.11.2017; ARE 685997 ED/RS, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 28.11.2017)

Saliente-se que o CPC/2015 implementou uma modificação redacional em relação ao art. 535 do CPC/73, haja vista que este não previa expressamente a possibilidade de oferecimento de embargos de declaração com o objetivo de se corrigir erro material. Todavia, tal possibilidade já se encontrava consolidada na doutrina e na jurisprudência há bastante tempo[258]. Assim, em relação a tal questão, cumpre se observar que o CPC/2015 apenas deixou expressa a

257. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material.

258. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATORIOS OPOSTOS A DECISÃO UNANIME QUE NÃO CONHECEU RECURSO, POR ENTENDER CONFIGURADO ERRO GROSSEIRO: RECURSO EXTRAORDINARIO EM LUGAR DO ORDINARIO. NÃO SE CONHECE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, QUANDO O EMBARGANTE SEQUER APONTA ALGUM DOS VICIOS (OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, DUVIDA, E POR CONSTRUÇÃO DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL, ERRO MATERIAL) QUE POSSAM JUSTIFICAR A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. REJEITADOS OS EMBARGOS, A UNANIMIDADE. (STJ – 1ª T – EDcl no RMS 735/RJ – Proc. 1990/0012971-0 – Relator: Ministro Demócrito Reinado – Data do Julgamento: 06/11/1991 – DJ 03/02/1992).

possibilidade, já existente, de oferecimento de embargos de declaração com o escopo de se corrigir erro material.

Sob a égide do CPC/73, o art. 463 dispunha que, após a publicação da sentença, o juiz somente poderia alterá-la em duas hipóteses: (1) para corrigir inexatidões materiais e erros de cálculo; (2) por meio de embargos de declaração[259]. Tal regra foi reproduzida no art. 494 do CPC/2015[260].

Assim, o erro material constante da decisão pode ser retificado através de embargos de declaração ou, a qualquer tempo, através de mera petição. Segundo o Enunciado 360 do FPPC: "A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo". A diferença essencial entre a adoção de uma forma ou de outra reside no efeito interruptivo dos embargos de declaração em relação ao prazo para a interposição de outro recurso[261].

A título de exemplo, basta se imaginar uma ação na qual o autor postule indenização por danos morais e materiais. Ao proferir sentença, o juízo julga improcedente o pedido de dano moral e procedente os danos materiais. Contudo, estes últimos foram fixados com evidente erro de cálculo. O oferecimento de embargos de declaração com o objetivo de se corrigir o erro de cálculo permite a interposição de recurso de apelação em relação à totalidade da decisão, seja o capítulo relativo ao dano material, seja o capítulo relativo ao dano moral. Por outro lado, ultrapassados os prazos dos embargos e da apelação, ainda assim, o autor poderá postular, por mera petição, a correção dos erros de cálculo. Entretanto, apenas em relação ao conteúdo da nova decisão será cabível recurso.

Independentemente de a nova decisão ser originada através de embargos ou de mera petição, caso haja alteração de decisão anterior, a nova decisão terá a mesma natureza jurídica desta, por se tratar de decisão integrativa.

O recurso de embargos de declaração também não possui efeito suspensivo automático, sendo possível o seu deferimento *ope judicis,* pelo relator, quando houver probabilidade de provimento do recurso *ou*, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação[262]. Os requisitos para o deferimento do efeito suspensivo são alternativos, consubstanciando exceção à regra geral do parágrafo único do art. 995, no qual tais requisitos são cumulativos.

259. Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

260. Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

261. Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

262. Art. 1.026. [...]§ 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Também são cabíveis embargos de declaração com o escopo de se esclarecer obscuridade. Decisão obscura é aquela que não se apresenta clara e cria embaraços à sua compreensão, representando evidente afronta ao dever de cooperação consagrado como norma fundamental, no art. 6° do CPC/2015, segundo o qual: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Nesse sentido, MAZZEI leciona que

> Os embargos de declaração emergem como ferramenta bastante útil na efetivação da duração razoável do processo, uma vez que possuem perfil que permite obter uma resposta judicial sem desperdício de tempo e esforço, mediante um procedimento simplificado que gera respostas quase que imediatas[263].

Os embargos de declaração também são cabíveis para a eliminação de contradição na decisão. A contradição deve ser interna à própria decisão, não podendo se referir a outros documentos, visto que os embargos visam a afastar a contradição da própria decisão e não equívocos em relação à valoração de algum documento constante dos autos.

Também serão cabíveis embargos de declaração para se suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento. Apesar de tal hipótese de cabimento já existir sob a égide do Código anterior, o CPC/2015 lhe confere novos contornos, diante do disposto no parágrafo único do art. 1.022, que assim dispõe:

> Art. 1.022. [...]
>
> Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:
>
> I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
>
> II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o.

Em que pese o fato de que o inciso I do parágrafo único do art. 1.022 se referia apenas às teses firmadas em julgamentos de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 927 do CPC/2015, que estabelece um sistema de precedentes normativos formalmente vinculantes. Segundo este dispositivo, é imperativo aos juízes e tribunais a observância dos precedentes ali enumerados.

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
>
> II - os enunciados de súmula vinculante;

263. MAZZEI, Rodrigo Reis. Os embargos de declaração e o "Princípio" da Duração Razoável do Processo. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. (Coord.). Recursos e Duração Razoável do Processo. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 460

> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
>
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
>
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Assim, deve ser considerada omissa a decisão que decide de forma contrária a qualquer dos precedentes enumerados no art. 927, sem explicitar as razões que justificam o seu afastamento através das técnicas do *distinguishing* ou do *overruling* – esta última técnica somente pode ser aplicada pelo próprio órgão que criou o precedente ou outro órgão que lhe seja superior, ou, ainda, no caso de alteração legislativa que justifique a modificação de entendimento.

Assim, toda decisão que deixe de aplicar um precedente sem esclarecer as razões que justificam a sua não aplicação é considerada omissa e, portanto, impugnável por embargos de declaração.

Também se considera omissa a decisão que falta com o seu dever de fundamentação. Tal direito já se encontrava consagrado no art. 93, IX, da Constituição Federal[264] e foi reproduzido como norma fundamental do Processo Civil, no art. 11 do CPC/2015[265]. Todavia, de grande relevo foram as disposições inseridas no §1° do art. 489 do CPC/2015, visto que, contrariando diversas malfadadas práticas jurisprudenciais, tal dispositivo elencou diversos casos em que a decisão não se considera fundamentada.

> Art. 489. [...]
>
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

264. Art. 93. [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

265. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[...]

Por expressa disposição do inciso II do parágrafo único do art. 1.022[266], qualquer decisão que incorra nas omissões do §1° do art. 489 será considerada desprovida de fundamentação e atacável por embargos de declaração.

Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao próprio órgão prolator da decisão, e não se sujeitam ao preparo[267]. Não se trata de isenção, mas de efetiva ausência de incidência tributária, haja vista que o fato gerador da taxa não se realiza.

O §1° do art. 1.023 reafirma a aplicabilidade da regra do art. 229[268] aos embargos de declaração, ao conferir prazo em dobro para os litisconsortes que possuam diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, salvo quando apenas um dos litisconsortes oferecer defesa ou quando os autos forem eletrônicos. Nesses casos, o prazo será simples. Portanto, subsiste íntegra a Súmula 641 do STF, segundo a qual, "Não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido".

Após conceder prazo de cinco dias para o embargado se manifestar, o órgão que proferiu a decisão deverá decidir acerca dos embargos, também, no prazo de cinco dias.

Quando os embargos forem oferecidos contra acórdão, o relator não poderá julgá-los sozinho. Nessa hipótese, incumbe ao relator apresentar os embargos na sessão subsequente e proferir seu voto. Caso não o faça, o §1° do art. 1.024 estabelece a sua inclusão em pauta automaticamente. Nesse sentido, o Enunciado n.° 84 do FPPC estabelece: "A ausência de publicação da pauta gera nulidade do acórdão que decidiu o recurso, ainda que não haja previsão de sustentação oral, ressalvada, apenas, a hipótese do §1° do art. 1.024, na qual

266. Art. 1.022. [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: [...] II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

267. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

268. Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento. § 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas 2 (dois) réus, é oferecida defesa por apenas um deles. § 2º Não se aplica o disposto no caput aos processos em autos eletrônicos.

a publicação da pauta é dispensável". Trata-se de exceção à ordem cronológica de julgamento estabelecida pelo art. 12, § 2°, V, do CPC/2015[269].

Importante inovação do CPC/2015 em relação aos embargos de declaração diz respeito à regra de fungibilidade com o agravo interno estabelecida pelo §3° do art. 1.024, nos seguintes termos: "§ 3o O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1o".

Caso a decisão embargada sofra alteração, a parte que já havia apresentado outro recurso poderá complementar ou alterar as suas razões, nos limites da modificação, no prazo de 15 dias, nos termos do §4° do art. 1.024[270]. A ratificação do recurso interposto anteriormente é desnecessária, conforme o §5° do art. 1.024[271] e o enunciado n.° 23 do FPPC. Segundo este último: "Fica superado o enunciado 418 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (*"É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação"*)".

Ainda no que toca aos embargos de declaração, tem-se, no CPC/2015, importante inovação, que diz respeito ao seu cabimento com a exclusiva finalidade de prequestionar a questão legal ou constitucional. O art. 1.025 passa a admitir expressamente o prequestionamento ficto, ao dispor que: "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Sob a égide do Código revogado, tal questão era tormentosa na jurisprudência, especialmente no tocante ao cabimento do recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de inadmitir o prequestionamento ficto e editou o enunciado de súmula 211, com seguinte teor: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Para o STJ, caso o Tribunal, equivocadamente, deixasse de conhecer ou dar provimento aos embargos opostos contra decisão que, de fato, era omissa, contraditória ou obscura, tal decisão, por si só, representaria violação ao

269. Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. [...] § 2º Estão excluídos da regra do caput: [...] V - o julgamento de embargos de declaração.

270. Art. 1.024.[...] § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

271. Art. 1.024.[...] § 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

art. 535 do CPC/73. Desse modo, a parte teria que apresentar dois recursos especiais sucessivamente. Primeiro, a parte teria que interpor recurso especial, demonstrando a violação ao art. 535 do CPC/73. Somente se este recurso fosse provido, e, após a manifestação do tribunal acerca da matéria legal, a parte poderia apresentar o segundo recurso especial.

O Supremo Tribunal Federal possuía entendimento que admitia o prequestionamento ficto, a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do seu enunciado de súmula n.º 356: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

Entretanto, posteriormente, o STF modificou o seu posicionamento e passou a negar a possibilidade de leitura a *contrario sensu* da Súmula 356, passando a seguir a mesma orientação do STJ.

> "Saliento que esta Corte não tem procedido à exegese a 'contrario sensu' da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal 'a quo'. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto." (ARE 707221 AgR, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 20.8.2013, *DJe* de 4.9.2013)

> "A jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que, ainda que surgida a alegada ofensa constitucional no acórdão recorrido, é necessária a oposição de embargos de declaração, se não houver a análise da ofensa pelo órgão judicante." (AI 620677 AgR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 25.11.2008, *DJe* de 6.2.2009)

> "Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 3. São ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF." (RE 449137 AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 26.2.2008, *DJe* de 4.4.2008)

> "O requisito do prequestionamento assenta no fato de não ser aplicável à fase de conhecimento do recurso extraordinário o princípio jura novit curia: instrumento de revisão in jure das decisões proferidas em única ou última instância, o RE não investe o Supremo de competência para vasculhar o acórdão recorrido, à procura de uma norma que poderia ser pertinente ao caso, mas da qual não se cogitou. Daí a necessidade de pronunciamento explícito do Tribunal 'a quo' sobre a questão suscitada no recurso extraordinário: Sendo o prequestionamento, por definição, necessariamente explícito, o chamado 'prequestionamento implícito' não é mais do que uma simples e inconcebível contradição em termos." (AI 253566 AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgamento em 15.2.2000, *DJ* de 3.3.2000)

Data vênia, tal orientação jurisprudencial é manifestamente atentatória ao princípio da duração razoável do processo, da eficiência e da boa-fé, em especial em relação aos seus deveres anexos de lealdade e de cooperação. Não à toa que era comum o recorrente apresentar seguidos embargos declaratórios com o escopo de evitar a interposição de recurso especial em razão de violação do art. 535 do CPC/73.

Infelizmente, o sistema anterior aproximava e confundia partes com comportamentos distintos. Tal sistema favorecia o litigante contumaz que, deliberadamente, apresentava diversos embargos de declaração, antes de interpor o recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/73 – e após os recursos especial e extraordinário contra a suposta violação do direito material controvertido ou processual violado –, com o exclusivo escopo de retardar a prestação jurisdicional. Da mesma forma, a parte que sofresse uma violação ao seu direito a um pronunciamento adequadamente fundamentado, possivelmente, seria obrigada a trilhar o mesmo caminho.

O novo CPC modifica essa disciplina, almejando a redução dos recursos interpostos. A regra que autoriza o prequestionamento ficto (art. 1.025, CPC/2015), associada à vedação de oposição de mais de dois embargos de declaração sucessivos (art. 1.026, §4º, do CPC/2015)[272], além do agravamento da multa incidente em razão da interposição de embargos manifestamente protelatórios – enquanto no CPC/73 esta multa era de até 1% sobre o valor da causa, podendo ser elevada até 10%, o CPC/2015 aumenta esta multa para até 2% do valor atualizado da causa, podendo ser aumentado em até 10%[273] –, tem por escopo desestimular a interposição de sucessivos recursos.

Não se pode olvidar que, ainda sob a égide do CPC/73, o STJ editou o enunciado de Súmula n.º 98, com o seguinte teor: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório". Tal entendimento deve subsistir, pois se encontra de acordo com a sistemática do CPC/2015.

Inclusive, quando se afirma que o art. 1.025 do CPC/2015 passou a admitir o prequestionamento ficto, não se quer dizer que bastaria a formulação do pedido de manifestação expressa acerca do dispositivo legal ou constitucional violado pela decisão. Caso a matéria não seja enfrentada pelo tribunal *a quo*, a oposição de embargos de declaração com o fim de prequestionamento é imperativa. Apenas na hipótese de recalcitrância do tribunal em se omitir no tocante

272. Art. 1.026. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

273. Art. 1.026. [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

à matéria é que se considerará esta prequestionada fictamente. Essa é a exegese que se pode chegar a partir da conjugação do art. 1.025 do CPC/2015 com os enunciados de súmula de n.° 98, do STJ, e de n.° 356, do STF.

5.5. Recurso Ordinário

O recurso ordinário tem suas hipóteses de cabimento previstas nos artigos 102, II[274], e 105, II[275], da Constituição Federal, e pode ter natureza cível ou criminal. O CPC/2015 reproduz as hipóteses cíveis de cabimento do recurso ordinário.

Em regra, o recurso ordinário é utilizado para impugnar decisões proferidas em processos de competência originária de tribunais. Assim, será cabível o recurso ordinário, para o Supremo Tribunal Federal, contra decisões denegatórias de mandado de segurança, *habeas data* e mandados de injunção decididos, em única instância, pelos tribunais superiores (art. 1.027, I, CPC/2015)[276].

Também será cabível recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça, contra decisões denegatórias de mandado de segurança decididas em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 1.027, II, "a", CPC/2015)[277].

Todavia, em matéria cível, o art. 1.027, II, "b", consagra hipótese em que o processo é julgado originariamente pelo juiz de 1° grau, qual seja: "b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País".

Nesses casos, o processo é julgado por um juízo de 1° grau, e contra a sentença proferida cabe recurso ordinário, a ser julgado diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, não haverá recurso para o tribunal local.

274. Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: II - julgar, em recurso ordinário: a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político.

275. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória. b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

276. Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário: I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão.

277. Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário: II - pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão.

Da mesma forma, caso o juízo de primeiro grau profira decisão interlocutória agravável, esta poderá ser atacada através de agravo de instrumento interposto diretamente no Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no §1° do art. 1.027 do CPC/2015[278]. Tal recurso seguirá as regras procedimentais afetas ao agravo de instrumento, bem como ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça[279]. Nessa hipótese, o tribunal local também não terá competência para conhecer do agravo de instrumento.

Os recursos ordinários sempre serão dirigidos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, a depender da hipótese. Tais recursos possuem efeito devolutivo amplo, podendo ser impugnadas matérias de fato e de direito.

A discussão acerca do efeito suspensivo ganha relevância apenas em relação à hipótese de cabimento prevista no art. 1.027, II, "b", do CPC/2015, uma vez que, nas demais hipóteses, o recurso ordinário somente é cabível contra decisão denegatória, em sentido amplo – decisão de improcedência ou de extinção sem resolução do mérito. Desse modo, sendo a decisão denegatória, não há qualquer efeito que possa ser suspenso pela interposição do recurso.

Em relação ao caso previsto no art. 1.027, II, "b", do CPC/2015, há divergência na doutrina, precisamente no sentido de se o efeito suspensivo do recurso ordinário seria automático. Marcelo Abelha Rodrigues[280] e Flavio Cheim Jorge[281] sustentam que o recurso ordinário seria dotado de efeito suspensivo, seguindo a sistemática do recurso de apelação. Todavia, diante do disposto no art. 1.027, §2°, do CPC/2015, não há como concordar com os referidos autores. Tal dispositivo faz referência expressa ao artigo 1.029, §5° do CPC/2015, que trata do efeito suspensivo do recurso extraordinário e especial. Nesse sentido, assiste razão a Fábio Monnerat, que leciona o seguinte:

> Já a remissão ao art. 1.029, §5°, do Código estabelece para o recurso ordinário a mesma dinâmica do efeito suspensivo ou, se for o caso, da antecipação de tutela recursal, dos recursos excepcionais, qual seja: o pedido poderá ser

278. Art. 1.027. [...] § 1º Nos processos referidos no inciso II, alínea "b", contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015.

279. Art. 1.028. [...] § 1º Na hipótese do art. 1.027, § 1º, aplicam-se as disposições relativas ao agravo de instrumento e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

280. [...] O efeito suspensivo também está presente, valendo a regra geral aplicável para o recurso de apelação, mas deve-se lembrar que, sendo denegatória a decisão por ele desafiável, tem quase nenhuma importância o efeito suspensivo [...] (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016. p. 1455).

281. O CPC/2015 silencia quanto à existência de efeito suspensivo no recurso ordinário. A referência que existe em relação a ele é contida no art. 1.028 do mesmo diploma, o qual estipula que lhe é aplicado, quanto aos requisitos de admissibilidade e quanto ao procedimento, o disposto ao recurso de apelação – nas hipóteses da alínea "c" acima, reproduzidas no art. 1.027, II, b, do CPC/2015. (JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 399).

formulado por requerimento dirigido: a) ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; b) ao relator, se já distribuído o recurso[282].

O §2° do art. 1.027 do CPC/2015[283], além de fazer referência expressa ao artigo 1.029, §5°, também faz remissão ao art. 1.013, §3°, como forma de superar jurisprudência anterior do STJ[284] e do STF[285], no sentido de se inadmitir a aplicação da teoria da causa madura no âmbito do recurso ordinário. A partir da nova regra, a aplicação da teoria da causa madura, caso preenchidos os seus requisitos, torna-se imperativa.

Na hipótese de cabimento de recurso ordinário com fundamento no art. 1.027, II, "b" (processos em que forem partes de um lado, estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, município ou pessoa residente ou domiciliada no País), aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento as disposições relativas à apelação e ao RISTJ, nos termos do art. 1.028, *caput*, do CPC/2015[286].

Nos casos previstos no art. 1.027, incisos I e II, alínea "a", o recurso ordinário deverá ser interposto perante o tribunal com competência para conhecer a matéria de forma originária, cabendo ao seu presidente (ou vice-presidente) determinar a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 dias[287].

Em qualquer das hipóteses de cabimento de recurso ordinário, o juízo (ou tribunal) recorrido não poderá realizar o juízo de admissibilidade, uma vez que existe vedação expressa no §3° do art. 1.028[288] e no §3° do art. 1.010[289]. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os enunciados n.° 208, 209 e 210, *in verbis*:

282. MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. Comentários ao Recurso Ordinário. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1361.

283. Art. 1.027. [...] § 2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º.

284. STJ, 2ª T., RMS 46.765/SP, rel. Min Humberto Martins, j. 10-02-2015, DJe 19-02-2015.

285. STF, Pleno, RMS 26.959/DF, rel. Min Menezes Direito, j. 26-03-2009, DJe 15-05-2009.

286. Art. 1.028. Ao recurso mencionado no art. 1.027, inciso II, alínea "b", aplicam-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento, as disposições relativas à apelação e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

287. Art. 1.028. [...] § 2º O recurso previsto no art. 1.027, incisos I e II, alínea "a", deve ser interposto perante o tribunal de origem, cabendo ao seu presidente ou vice-presidente determinar a intimação do recorrido para, em 15 (quinze) dias, apresentar as contrarrazões.

288. Art. 1.028. [...] § 3º Findo o prazo referido no § 2º, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

289. Art. 1.010. [...] § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

208. Cabe reclamação, por usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão de juiz de 1° grau que inadmitir recurso ordinário, no caso do art. 1.027, II, 'b'.

209. Cabe reclamação, por usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, contra a decisão de presidente ou vice-presidente do tribunal de 2° grau que inadmitir recurso ordinário interposto com fundamento no art. 1.027, II, "a".

210. Cabe reclamação, por usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, contra a decisão de presidente ou vice-presidente de tribunal superior que inadmitir recurso ordinário interposto com fundamento no art. 1.027, I.

5.6. Recursos Especial e Extraordinário

Os recursos extraordinário e especial são recursos de fundamentação vinculada, voltados à impugnação de questões de direito, razão pela qual não viabilizam o reexame de provas, segundo os enunciados de súmula n.° 07 do STJ[290] e n.° 279 do STF[291].

Por força disso, não se mostra cabível a interposição de qualquer destes recursos com o escopo de se obter a simples interpretação de cláusula contratual – Súmula n.° 5 do STJ[292] e Súmula n.° 454 do STF[293].

O RE e o REsp devem ser interpostos perante o presidente (ou vice-presidente) do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida.

O recorrido terá o prazo de 15 dias para oferecer contrarrazões, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente (ou ao vice-presidente) do tribunal de origem.

Ato contínuo - conforme previsão do inciso I do art. 1.030 do CPC/2015 - o presidente (ou vice-presidente) do tribunal de origem deverá realizar juízo de admissibilidade recursal e negar seguimento: (a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o STF não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de repercussão geral; (b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interpostos contra acórdão que, respectivamente, esteja em conformidade com

290. Súmula n.º 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

291. Súmula n.º 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

292. Súmula n.º 5 do STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

293. Súmula n.º 454 do STF: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

entendimento do STF ou do STJ exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

A possibilidade instituída pelo CPC/2015 de negar seguimento ao RE e ao REsp, nessas hipóteses, acaba por constituir requisito negativo de admissibilidade desses recursos, não previsto pela Constituição Federal. Acerca do tema, relevante a crítica feita por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flavio Pedron:

> Esses incisos já nascem com um potencial vício de inconstitucionalidade ao trazerem novos requisitos negativos, não previstos na Constituição de 1988 (arts. 102, III, e 105, III) para estes recursos de fundamentação vinculada, que impedem inclusive que uma matéria já apreciada pelos Tribunais Superiores em precedentes volte a estes para viabilizar a superação (*overrule*) do entendimento. Apenas a Constituição pode aumentar ou diminuir a competência dos Tribunais.[294]

Por outro lado, caso o presidente (ou vice-presidente) verifique que a decisão recorrida é que está em confronto com entendimento exarado pelo STF ou pelo STJ, nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos, deverá encaminhar o processo ao órgão julgador, para que este possa realizar juízo de retratação.

Caso o recurso verse sobre controvérsia de caráter repetitivo, ainda não decidida pelo STF ou STJ, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal de origem poderá sobrestar o recurso.

Caso o recurso preencha os requisitos de admissibilidade, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal deverá remetê-lo para o STJ e/ou para o STF, desde que: (a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivo; (b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação.

Aqui, cabe a feitura de uma distinção em relação à forma de impugnação da decisão que inadmite o recurso ou determina o seu sobrestamento. As decisões que negam seguimento a recurso contrário à decisão proferida pelo STF ou pelo STJ, nos regimes de repercussão geral e de recursos repetitivos, na forma do inciso I do art. 1.030, ou que determina o sobrestamento do recurso são impugnáveis por agravo interno, nos termos do §2° do art. 1.030 do CPC/2015. Já a decisão que nega seguimento ao RE ou ao REsp, em razão da ausência de outro requisito de admissibilidade, é impugnável por Agravo em Recurso Extraordinário e Especial, nos termos dos artigos 1.030, §1° e 1.042 do CPC/2015.

Os recursos extraordinário e especial se submetem aos mesmos requisitos de admissibilidade dos demais recursos, mas também possuem requisitos

294. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371.

específicos, quais sejam: o prequestionamento (comum ao RE e ao REsp) e a repercussão geral da questão constitucional (exclusivo do RE).

As hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial estão previstas diretamente na Constituição Federal, respectivamente, nos artigos 102, III, e 105, III.

Nos termos do art. 102, III, compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em "única ou última instância". Já o art. 105, III, prevê o cabimento de recurso especial nas causas decididas, "em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios".

De plano, verifica-se que a Constituição Federal não teve o escopo de limitar o cabimento do recurso extraordinário às decisões oriundas de tribunais, razão pela qual se mostra plenamente cabível a interposição de recurso extraordinário contra decisão proferida por Turma Recursal (nos termos do art. 41 da Lei n.° 9.099/95[295]) ou decisão prolatada em causas de alçada (na forma do art. 34 da Lei n.° 6.830/80)[296]. Nesse sentido, é o Enunciado de Súmula 640 do STF, *in verbis*: "É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por Juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal".

Também se mostra possível a interposição de RE e REsp contra acórdãos que julguem decisões interlocutórias, haja vista que nem toda decisão interlocutória é provisória.

O CPC/2015, em seu art. 356, enuncia expressamente a possibilidade de julgamento antecipado de mérito. Esta decisão – não obstante seja interlocutória – pode se tornar definitiva, caso não venha a ser impugnada através de recurso de agravo de instrumento.

O que não se admite é a interposição de RE e REsp contra decisões que julgaram recursos interpostos contra decisões provisórias. Esta é a inteligência das súmulas n.° 286 do STJ ("Cabe Recurso Especial contra acórdão proferido no julgamento de Agravo de Instrumento") e n.° 735 do STF ("Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar").

Entretanto, cabe se destacar que o §3° do art. 542 do CPC/73 não encontra correspondente no CPC/2015. Tal dispositivo determinava que o RE e REsp ficariam retidos nos autos e somente seriam processados se a parte os reiterassem, no recurso ou nas contrarrazões apresentados posteriormente em decorrência da decisão final.

Cumpre, ainda, salientar-se que os artigos 102, III, e 105, III, da CRFB, quando enunciam o cabimento do RE e do REsp às causas decididas em "úni-

295. Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

296. Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinqüenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

ca ou última instância", impõem a interposição de ambos os recursos contra o acórdão do tribunal de origem, somente se admitindo a interposição de recurso extraordinário contra a decisão proferida pelo STJ quando a questão constitucional debatida for diversa daquela debatida pelo tribunal de origem[297].

Não há preclusão consumativa, caso os recursos não sejam interpostos simultaneamente. Trata-se de prazo comum e não de simultaneidade. O que se exige é que ambos os recursos sejam interpostos dentro do prazo de 15 dias, não se podendo olvidar da Súmula 283 do STF, que dispõe que: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

De forma ainda mais explícita, a Súmula n.º 126 do STJ esclarece que: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

Assim, na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, os autos serão remetidos primeiro ao STJ e, após o julgamento do recurso especial, para o STF, caso o recurso extraordinário não esteja prejudicado. Assim, por exemplo, se o recurso especial não foi provido, não há razão para se enviar os autos para o Supremo, porque o fundamento autônomo legal, por si só, já impedirá a reforma do acórdão do tribunal de origem.

Também pode ocorrer de o relator do recurso especial entender que o recurso extraordinário contém questão prejudicial ao REsp. Nessa hipótese, em decisão irrecorrível, sobrestará os autos e os remeterá para o STF. Caso o relator do RE entenda de forma diversa – e não considere a questão constitucional prejudicial –, devolverá os autos para o STJ, para julgamento do REsp. Em caso de divergência de posicionamentos, prevalecerá o do STF.

Outra questão que merece destaque diz respeito à manutenção da Súmula 281 do STF, que veda a interposição do recurso extraordinário *per saltum*, com a seguinte redação: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada".

Não é possível a interposição de recurso especial ou extraordinário, após a supressão – advinda de negócio jurídico processual – de algum recurso que lhes antecederia, uma vez que isso implicaria alteração de competência funcional (que, registre-se, é absoluta). Nesse sentido, LIPIANE e SIQUEIRA lecionam o seguinte:

297. [...] . O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de justiça, em sede de Recurso Especial, somente legitima o uso do apelo extremo se versar questão constitucional diversa daquela debatida na anterior instância. O que não se observa na presente hipótese. Precedentes. 2. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF; RE 925063; Primeira Turma; Relª Min. Rosa Weber; Julg. 15/12/2015; DJE 17/02/2016; Pág. 32)

> A possibilidade de recurso extraordinário *per saltum* é matéria que envolve a organização judiciária e que, portanto, não pode ser objeto de livre negociação pelas partes em litígio, em detrimento do quanto determinado em lei[298].

A celebração de convenção processual para suprimir recurso é admitida. O que não se pode admitir é a modificação de competência funcional através de negócio jurídico processual.

O art. 102, III, "a", da Constituição Federal preconiza o cabimento de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional. A ofensa deve ser direta, nos termos do enunciado de Súmula 636, que estabelece o seguinte: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

Sob a égide do CPC/73, a ofensa reflexa à Constituição Federal acarretava a rejeição do recurso extraordinário. Já no CPC/2015, a solução é diversa.

Atualmente, a ofensa reflexa implicará a conversão do recurso extraordinário em recurso especial, remetendo-o para o STJ, na forma estabelecida pelo art. 1.033, ressalvadas as hipóteses em que não seja cabível o recurso especial, como das decisões proferidas por Turma Recursal (Súmula n.º 203 do STJ)[299] e nas causas de alçada, em que o recurso deverá ser rejeitado.

> Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

O art. 102, III, "b", da Constituição Federal prevê o cabimento de recurso extraordinário, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

Tal hipótese de cabimento somente poderá ser invocada quando a proclamação de inconstitucionalidade observar a cláusula de reserva de plenário (estabelecida no art. 97[300] da Constituição Federal), pois, caso esta não seja observada, o recurso extraordinário deve ser interposto com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da CRFB, após a oposição de embargos de declaração, prequestionando o próprio art. 97 da CRFB.

298. SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 608

299. Súmula n.º 203 do STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais.

300. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A terceira hipótese de cabimento está consagrada na alínea "c" do inciso III do art. 102, segundo a qual, caberá recurso extraordinário quando a decisão julgar *válida* lei ou ato de governo local em detrimento da Constituição Federal.

A última hipótese de cabimento de recurso extraordinário se encontra na alínea "d" do inciso III do art. 102, inserida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. Nos termos de referido dispositivo, o recurso extraordinário será cabível quando a decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face de *lei federal* e não em face da Constituição Federal.

Acertadamente, a EC n.º 45/2004 inseriu tal dispositivo, pois a lei federal não possui supremacia em relação à lei local. O conflito entre lei local e lei federal deve ser dirimido através da análise da competência legislativa, prevista na Constituição Federal.

Já o recurso especial será cabível, na forma do art. 105, III, "a", da Constituição Federal, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência.

Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o §3° do art. 5° da CRFB, que prevê que: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Caso se trate de tratado que verse sobre direitos humanos, aprovado na forma estabelecida no §3° do art. 5° da Constituição Federal, o recurso cabível contra a decisão que violar a norma será o extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "a", da CRFB. Caso o tratado não goze de status de emenda constitucional, o recurso cabível será o especial.

A expressão "lei federal" do art. 105, III, "a" deve ser interpretada como lei complementar federal, lei ordinária federal, lei delegada federal, decreto-lei federal, medida provisória federal, decreto federal.

A Súmula n.º 399 do STF, aprovada em sessão plenária de 03/04/1964, sob a égide da Constituição Federal de 1946, estabelece que: "não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for, a regimento de tribunal". Tal enunciado continua sendo aplicável. Entretanto, onde se lê "recurso extraordinário", deve-se ler "recurso especial", haja vista que a sua edição se deu anteriormente à criação do STJ pela Constituição Federal de 1988.

O art. 1.032 do CPC/2015 consagra regra de fungibilidade entre o recurso especial e o extraordinário, determinando que o STJ remeta o recurso especial para o STF, empós oportunizar, ao recorrente, adequar o recurso aos requisitos do recurso extraordinário.

> Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

> Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme se pode perceber, a partir do parágrafo único acima, o Supremo Tribunal Federal poderá devolver o recurso ao Superior Tribunal de Justiça, caso entenda que a ofensa à Constituição é reflexa.

A conjugação dos artigos 1.032 e 1.033 confere concretude aos Princípios da Primazia da Decisão de Mérito e da Cooperação, consagrados no capítulo das normas fundamentais do processo civil, precisamente nos artigos 4° e 6°.

> Art. 4° As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

> Art. 6° Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A alínea "b" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal prevê o cabimento de recurso especial contra decisão que julgar válido ato de governo local contestado em relação a lei federal. Assim, se o ato de governo local foi julgado válido, este acabou por prevalecer em detrimento de lei federal.

Não se pode confundir as hipóteses de RE e REsp. Caso a lei federal tenha sido violada por ato de governo local, será cabível o recurso especial. Se a lei federal estiver em conflito com lei local, será cabível o recurso extraordinário, visto tratar-se de questão relativa à competência constitucional para legislar.

A última hipótese de cabimento do recurso especial se encontra prevista na alínea "c" do inciso III do art. 105, segundo a qual tal recurso poderá ser manejado contra a decisão que der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Para que o recurso seja admito com esse fundamento, é impositiva a realização do confronto ou cotejo analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma, na forma preconizada pelo §1° do Art. 1.029 do CPC/2015, *in fine*:

> Art. 1.029. § 1° Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

De acordo com a Súmula n.º 13 do STJ: "A divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial". Portanto, esta hipótese de cabimento de recurso especial se destina a uniformizar a jurisprudência em âmbito nacional.

Caso a divergência seja interna ao próprio tribunal, os instrumentos adequados para a uniformização da jurisprudência serão o Incidente de Assunção de Competência – IAC (art. 947, CPC/2015) – e o Incidente de Resolução de

Demandas Repetitivas (art. 976 a 987, CPC/2015). Não se pode olvidar que o novo Código de Processo Civil trouxe comando dirigido a todos os tribunais, estabelecendo o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, na forma preconizada no *caput* do art. 926[301].

Cumpre se ressaltar que a divergência deve ser atual, porquanto a Súmula n.º 83 do STJ estatui que: "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Além dos requisitos de admissibilidade atinentes a todas as espécies recursais, os recursos extraordinário e especial possuem um requisito específico comum, qual seja, o prequestionamento.

O requisito do prequestionamento consiste na manifestação acerca da questão legal ou constitucional que constitui o fundamento determinante da decisão e decorre da exegese de que o RE e o REsp são cabíveis contra as "causas decididas", conforme a redação do inciso III do artigo 102, e a do inciso III do art. 105, ambos da Constituição Federal.

O prequestionamento pode ser explícito, implícito ou ficto, sendo que não há uniformidade de tratamento do prequestionamento entre o STJ e o STF.

Para o STJ, o prequestionamento explícito ocorre quando o tribunal de origem enfrenta a questão legal, fazendo referência expressa ao dispositivo violado. O prequestionamento implícito, por sua vez, ocorre quando a questão legal é enfrentada pelo tribunal de origem, sem que haja referência expressa ao dispositivo violado[302]. O prequestionamento ficto, por fim, ocorreria quando subsistisse a omissão do tribunal acerca da matéria legal, apesar de o recorrente ter requerido expressamente e oposto embargos de declaração. O STJ admitia apenas as duas primeiras hipóteses de prequestionamento[303].

O STF não faz distinção entre prequestionamento implícito e ficto, não os admitindo[304]. Todavia, este tribunal possui divergência interna entre os seus

301. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

302. "[...] A jurisprudência desta corte admite o prequestionamento implícito, em que não há menção expressa aos dispositivos, mas, mesmo nessa modalidade, deve ocorrer o debate do conteúdo da norma tida como vulnerada (precedentes do STJ). [...]" (STJ; AgRg-AREsp 920.900; Proc. 2016/0142906-7; RJ; Sexta Turma; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 03/08/2016)

303. [...] 1. O plenário do STJ, na sessão de 09.03.2016, definiu que o regime recursal será determinado pela data da publicação da decisão impugnada (enunciado administrativo n. 2/STJ). Logo, no caso, aplica-se o CPC/1973. 2. O Superior Tribunal de Justiça aceita o prequestionamento explícito e implícito, contudo, não admite o chamado "prequestionamento ficto ", que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o tribunal a quo tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas. [...] (STJ; AgRg-REsp 1.514.611; Proc. 2015/0017783-0; PR; Primeira Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJE 21/06/2016)

304. [...] 1. A corte entende ser inadmissível o prequestionamento implícito ou ficto (RE nº 681.953/DF-AgR, relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, dje de 9/11/12; e AI nº 735.115/RS-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, dje de 11/5/12). [...] (STF; AI-AgR 764.757; SP; Primeira Turma; Rel. Min. Dias Toffoli; Julg. 28/05/2013; DJE 19/12/2013; Pág. 52)

ministros acerca do conteúdo do prequestionamento explícito. Isso, porque, para alguns dos membros do STF, o prequestionamento explícito é considerado como a manifestação expressa sobre a questão constitucional, inclusive, sobre o dispositivo constitucional violado[305].

No entanto, outros ministros consideram que o prequestionamento explícito abrangeria o sentido que o STJ conferiu ao prequestionamento implícito. Assim, para que se considere atendido o requisito do prequestionamento, o tribunal de origem necessita se manifestar expressamente acerca da questão constitucional, mesmo que não haja referência expressa ao dispositivo constitucional[306,307].

O novo Código de Processo Civil buscou uniformizar a matéria, afastando a jurisprudência defensiva desses tribunais, ao admitir o prequestionamento ficto, em seu art. 1.025, que estabelece o seguinte: "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Como já referido, quando se sustenta que o art. 1.025 do CPC/2015 teria passado a admitir o prequestionamento ficto, não se quer dizer que bastaria a

305. [...]. 1. Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o dispositivo constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação. 2. Se a questão constitucional não foi suscitada oportunamente no recurso interposto perante o Tribunal de origem, são ineficazes e tardios os embargos de declaração opostos para fins de prequestionamento. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF; RE-AgR 552.822-7; SC; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 12/02/2008; DJE 14/03/2008; Pág. 110)

306. [...] 2. Recurso extraordinário e prequestionamento. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas é necessário que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. (STF; AI-AgR 585.604-7; Primeira Turma; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Julg. 05/09/2006; DJU 29/09/2006; Pág. 43); RECURSO

307. EXTRAORDINÁRIO -PREQUESTIONAMENTO - ALCANCE DO INSTITUTO. A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser está na necessidade de proceder a cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo legal. Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado à sede extraordinária com remédio legal para compeli-lo a tanto - os embargos declaratórios. A persistência da omissão sugere hipótese de vício de procedimento. Configura-se deficiência na entrega da prestação jurisdicional, o que tem contorno constitucional, pois à garantia de acesso ao Judiciário há que ser emprestado alcance que afaste verdadeira incongruência, ou seja, o enfoque de que, uma vez admitido, nada mais é exigível, pouco importando a insuficiência da atuação do Estado-Juiz no dirimir a controvérsia. Impor para configuração do prequestionamento, além da matéria veiculada no recurso, a referência ao número do dispositivo legal pertinente, extravasa o campo da razoabilidade, chegando às raias do exagero e do mero capricho, paixões que devem estar ausentes quando do exercício do ofício judicante. (...). (Recurso Extraordinário nº 128.519, Relator ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/1990)

formulação do pedido de manifestação expressa acerca do dispositivo legal ou constitucional violado pela decisão.

Caso a matéria não seja enfrentada pelo tribunal *a quo*, a oposição de embargos de declaração com o fim de prequestionamento é imperativa. Apenas na hipótese de recalcitrância do tribunal em se omitir no tocante à matéria é que se considerará a matéria prequestionada fictamente. Essa é a exegese que se pode extrair a partir da conjugação do art. 1.025 do CPC/2015 com os enunciados de súmula n.° 98[308], do STJ, e n.° 282[309] e 356[310], do STF.

Diante desta mudança paradigmática – volvida à primazia do julgamento do mérito –, a distinção entre as formas de prequestionamento perde relevância, tendo-se em vista que não haveria coerência em se admitir o prequestionamento ficto e não se admitir o prequestionamento implícito. Se os recursos extraordinário e especial podem ser admitidos sem que o tribunal de origem tenha se manifestado sobre a questão de direito (omissão total), com mais razão o recurso deve ser conhecido quando a questão for enfrentada sem referência ao enunciado normativo (omissão parcial).

Outra importante modificação no prequestionamento advinda com o CPC/2015 se refere à superação da Súmula n.° 320 do STJ, segundo a qual: "A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento". Isto, porque o §3° do art. 941 do CPC/2015 estabelece que: "O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento".

O recurso extraordinário ainda possui um requisito de admissibilidade que lhe é específico, qual seja: repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

Tal requisito foi inserido no §3° do art. 102 da Constituição Federal pela E.C. n.° 45/2004. A presença deste requisito é presumida, visto que a ausência de repercussão geral somente pode ser reconhecida por dois terços dos membros do STF. Assim, o relator do recurso, a turma do Supremo e a Presidência ou a Vice-Presidência do tribunal de origem, em princípio, não podem reconhecer a ausência de repercussão geral. Apenas o Plenário do STF tem competência para negar a existência de repercussão geral em caráter originário.

Os embargos de declaração são o único recurso cabível contra a decisão acerca da repercussão geral, porquanto o *caput* do art. 1.035 do CPC/2015 enuncia que a decisão que rejeita o recurso por ausência de repercussão geral é irrecorrível. Acerca da decisão sobre a existência ou não de repercussão geral

308. Súmula STJ n.º 98: Embargos de declaração manifestados com notório proposito de prequestionamento não tem caráter protelatório.

309. Súmula STF n.º 282: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

310. Súmula STF n.º 356. O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

será extraída uma súmula, que tem o valor de um acórdão, constando de ata e sendo publicada no Diário Oficial.

Segundo CPC/2015, considera-se que a questão possui repercussão geral, quando possuir relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapasse os interesses subjetivos do processo.

Nos termos do Enunciado n.° 224 do FPPC: "A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico". A regra do §2° do art. 543-A do CPC/73, que impunha a demonstração da repercussão geral em preliminar de recurso, não foi reproduzida no novo Código.

A presunção de repercussão geral é, via de regra, relativa, pois, como dito, o plenário do STF pode afastá-la por dois terços de seus membros. Todavia, na hipótese do §3° do art. 1.035, a presunção de repercussão geral é absoluta. Nos termos deste dispositivo, haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acordão que contrarie súmula ou jurisprudência dominantes do STF (inciso I) ou tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, na forma do art. 97 da CRFB (inciso III).

Em sua redação originária, o CPC/2015 ainda presumia, de forma absoluta, a repercussão geral nos recursos contra acórdão que tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos (inciso II do §3° art. 1.035). Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei n.° 13.256/2016, ainda no período de *vacatio legis*.

Ocorre que a revogação deste dispositivo não representou nenhuma alteração no sistema posto, dado que permanece em vigor o §1° do art. 987, que dispõe que do julgamento do IRDR cabe recurso extraordinário, com efeito suspensivo e com repercussão geral presumida[311].

Ademais, o CPC/2015 optou por adotar um sistema de precedentes normativos formalmente vinculantes, razão pela qual qualquer decisão que contrarie os precedentes, consagrados no art. 927[312], deve ter a sua repercussão geral presumida.

Nesse sentido, cumpre se salientar que a decisão do Plenário do STF, negando ou reconhecendo a repercussão geral, tem caráter vinculante. Entretanto, as decisões de suas turmas (que, frise-se, não podem negar a presença do

311. Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

312. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

requisito da repercussão geral), admitindo a presença de tal requisito, não possuem caráter vinculante.

Acerca da repercussão geral, o STF pode admitir intervenção de *amicus curiae*, na forma preconizada pelo §4º do art. 1.035[313]. Didier e Leonardo Cunha sustentam que a regra se volta a qualificar o debate e, por esta razão, com a formação de um precedente obrigatório, motivo pelo qual somente se deveria aplicar a regra nas hipóteses de repercussão geral analisadas pelo Plenário do STF[314].

Com a devida vênia aos referidos autores, não parece ser esta a melhor orientação. O art. 138 do CPC/2015, que trata da intervenção do *amicus curiae*, prevê esta quando houver relevância da matéria, especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Segundo este dispositivo, compete ao "juiz ou ao relator" solicitar ou admitir a sua intervenção e definir os seus poderes. Assim, a figura do *amicus curiae* não foi prevista apenas para as hipóteses em que haja aptidão de formação de precedente obrigatório. Se o *amicus curiae* pode ter sua intervenção admitida até em uma causa em trâmite perante a primeira instância, não há lógica em se restringir a sua atuação perante quaisquer órgãos, de quaisquer tribunais.

Ademais, a existência de precedentes obrigatórios não afasta a existência da jurisprudência persuasiva, que, como o próprio nome diz, tem a aptidão de influir em julgamentos futuros.

O §5º do art. 1.035 estabelece que: "Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional".

Apesar de tal dispositivo não se encontrar inserido topograficamente dentro da subseção do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, a doutrina tem se posicionado no sentido de que esta regra deve ser aplicada exclusivamente nos casos em que a repercussão geral for julgada pela técnica dos recursos repetitivos.

> A regra aplica-se exclusivamente aos casos em que a repercussão geral será julgada pela técnica dos recursos extraordinários repetitivos. A suspensão dos processos pendentes, à espera da solução do caso-piloto, é, aliás, a técnica nuclear o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, conforme será visto no capítulo sobre o tema.[315]

313. Art. 1.035. [...] § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

314. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 374

315. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 374-375.

No mesmo sentido, Leonardo Greco sustenta que a admissão da suspensão dos processos de forma generalizada – desvinculada da técnica dos julgamentos dos recursos repetitivos – poderia implicar a inconstitucionalidade do próprio §5º do art. 1.035.

> O dispositivo está bem ao gosto dos que desejam equiparar as decisões do STF em controle difuso e em controle concentrado de constitucionalidade, esquecendo que nem todas as decisões sobre matéria constitucional declaram a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, que nem sempre a matéria constitucional está suficientemente esmiuçada em apenas um ou poucos processos individuais, e que todos os cidadãos, em igualdade de condições, devem ter assegurado o seu direito de acesso à Corte Constitucional, conforme expusemos no capítulo anterior.
>
> A não ser declarada inconstitucional a suspensão de todos os processos sobre a mesma questão, a que se refere o §5º do art. 1.035 do Código de 2015, deverá ser interpretada como um mecanismo de instauração do incidente de julgamento de recursos extraordinários repetitivos, [...][316]

Contudo, impende se destacar que respeitável segmento da doutrina não compartilha deste entendimento. Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron sustentam que a possibilidade de generalização do sobrestamento no julgamento da repercussão geral decorre da adoção da técnica do julgamento de causa-piloto.

> Como dito, um dos pressupostos da repercussão geral é não apenas gerar um precedente para o futuro, mas também fornecer uma mesma decisão para casos similares que estejam tramitando naquele momento. Por isso, os arts. 543-B e 543-C do CPC/73 criaram o mecanismo de pinçamento de RE/REsp respectivamente e o sobrestamento dos demais no juízo de origem. No caso de REsp repetitivo ainda estava prevista a possibilidade de o STJ determinar a suspensão de todos os processos em território nacional sobre a matéria em tramitação em 2º grau. A lei atual, no §5º do art. 1.035, generaliza essa prerrogativa de sobrestamento, em sede de RE, de todos os processos (individuais e coletivos) em qualquer grau que tratem da mesma matéria objeto de julgamento de repercussão geral. A decisão a respeito da correta aplicação da Constituição dada no caso-piloto servirá para todos esses que ficarem sobrestados.[317]

316. GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil: recursos e processos de competência originária dos tribunais, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. III. p. 288-289.

317. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1379

O §6º[318] do art. 1.035 do CPC/2015 prevê a possibilidade de exclusão do sobrestamento do recurso extraordinário intempestivo. Desta decisão caberá agravo interno.

O recurso extraordinário que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado em 1 (um) ano. Trata-se de prazo impróprio, visto que a Lei n.º 13.256/06 suprimiu a possibilidade de cessar a suspensão dos processos sobrestados.

Por outro lado, negada a repercussão geral, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados que versem sobre idêntica matéria.

Com exceção da repercussão geral – que é de análise exclusiva do STF –, os demais requisitos de admissibilidade estão sujeitos a duplo juízo de admissibilidade.

Caso preenchidos os requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial, estes serão recebidos. Porém, se o recurso tempestivo possuir algum vício que não seja grave, o STF e o STJ poderão desconsiderá-lo ou determinar a sua correção, na forma do §3º do art. 1.029 do CPC/2015. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com a regra geral de sanabilidade dos recursos, prevista no art. 932, parágrafo único, do CPC/2015, e com o Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito, consagrado no art. 4º do mesmo diploma legal, para se viabilizar que os tribunais superiores se manifestem sobre as questões de direito e firmem precedentes.

De acordo com o *caput* do art. 1.034 do novo Código, admitidos o RE e o REsp, o STF e o STJ julgarão o processo aplicando o direito. Trata-se de expressa incorporação da redação da Súmula n.º 456 do STF[319], que versa sobre o efeito devolutivo do recurso extraordinário.

Julgar o processo é diferente de julgar a questão de direito. Julgar o processo significa que o tribunal, após decidir a questão de direito, aplicará a tese jurídica à causa.

Assim, o STJ e o STF não firmarão uma tese jurídica e encaminharão o processo para as instâncias ordinárias. Decidida a questão de direito, o próprio tribunal superior aplicará o direito à causa, substituindo a decisão recorrida.

Firmada tal premissa, o parágrafo único do já citado art. 1.034 enuncia que: "Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado".

Trata-se de regra relativa à dimensão vertical (ou profundidade) do efeito devolutivo, segundo a qual o tribunal poderá conhecer de todos os fundamen-

318. Art. 1.035. [...] § 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

319. Súmula n. 456 do STF: O STF, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

tos necessários para decidir o mérito, inclusive, de ofício, daquelas matérias referidas no §3º do art. 485 do CPC/2015 – observada, obviamente, a limitação horizontal estabelecida pelo recurso.

Para que haja uma correta compreensão do parágrafo único do art. 1.034, é indispensável a sua leitura em conjunto com os parágrafos 1º e 2º do art. 1.013, que trata do recurso de apelação.

> Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.
>
> § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

A partir da leitura do dispositivo acima, verifica-se que as questões que não integram o capítulo da decisão impugnada transitam em julgado, não se mostrando possível a sua apreciação pelo tribunal superior.

Desse modo, o parágrafo único do art. 1.034 somente pode ser interpretado como autorização para o tribunal superior conhecer de todos os fundamentos afetos ao capítulo da decisão impugnada, razão pela qual a superação do enunciado de Súmula n.º 528 do STF é medida que se impõe. Nesse sentido, o FPPC editou o enunciado n.º 223.

> Enunciado FPPC n.º 223: Fica superado o enunciado 528 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (*"Se a decisão contiver partes autônomas, a admissão parcial, pelo presidente do tribunal 'a quo', de recurso extraordinário que, sobre qualquer delas se manifestar, não limitará a apreciação de todas pelo supremo tribunal federal, independentemente de interposição de agravo de instrumento"*).

Os recursos extraordinário e especial, em regra, não possuem efeito suspensivo automático. Entretanto, este pode ser deferido mediante requerimento do recorrente. A competência para apreciar o pedido de efeito suspensivo dependerá do momento do requerimento. Assim, (1) entre a interposição do recurso e a publicação da decisão que o admite, ou estando o recurso sobrestado, a competência para apreciar o pedido de efeito suspensivo é do presidente (ou vice-presidente) do tribunal de origem – inciso III, do §5º do art. 1.029; (2) entre a publicação da decisão que admite o recurso e a sua distribuição, a competência para apreciar o pedido de efeito suspensivo é do tribunal superior, sendo que o relator que apreciar o requerimento ficará prevento para o julgamento do recurso – inciso I, do §5º do art. 1.029; (3) caso já distribuído o recurso para um relator, a competência para apreciar o pedido de efeito suspensivo será deste –

inciso II, do §5° do art. 1.029. Tais dispositivos encamparam o entendimento firmado pelo STF, consagrado nas Súmulas 634[320] e 635[321] deste tribunal.

Cumpre se salientar que, excepcionalmente, o RE e REsp poderão ter efeito suspensivo automático. Tal hipótese está consagrada no art. 987, §1°, do CPC/2015[322], que prevê o cabimento de recurso extraordinário e especial contra a decisão que julga o mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

A opção legislativa de conferir efeito suspensivo automático ao recurso interposto contra decisão proferida em sede de IRDR se mostra acertada, porquanto não seria lógica a dependência de requerimento do recorrente para que o recurso tivesse efeito suspensivo, no bojo de um procedimento que admite, inclusive, a suspensão dos processos em curso em todo território nacional, na forma do §4° do art. 1.029.

> Art. 1.029. [...] § 4° Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.

5.6.1. *Do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*

Antes de adentrarmos especificamente à análise do REER, calha contextualizá-lo dentro do microssistema de litigiosidade repetitiva, instituído pelo CPC/2015, que ampliou a utilização da técnica do "caso-piloto" e instituiu uma nova matriz de "processos-modelo". Acerca do tema, Antonio do Passo Cabral, antes mesmo da entrada em vigor do novo Código, já lecionava o seguinte:

> A respeito destes incidentes, dois padrões têm sido visualizados, tanto no Brasil quanto no direito estrangeiro, que podem ser agrupados em um gênero que chamamos de "incidentes de resolução de processos repetitivos". O primeiro é aquele das chamadas "causas piloto" ou "processos-teste", uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução

320. Súmula nº 634 do STF: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

321. Súmula nº 635 do STF: Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

322. Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

> permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão. Este formato revela unidade cognitiva (o mesmo órgão que aprecia a questão comum julga o processo originário) seguida da reprodução da tese definida no incidente (a ratio decidendi do julgamento da questão comum é replicada para todos os processos em que esta mesma questão esteja sendo objeto do debate), algo como um "julgamento por amostragem" da causa-piloto. Assim ocorre, na Europa, com as test claims inglesas e, no Brasil, nos procedimentos do art. 543-B (repercussão geral no recurso extraordinário) e no art. 543-C do CPC (LGL\1973\5), no julgamento de recursos especiais repetitivos pelo STJ.5 Impende destacar que o Projeto de Novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5) pretende ampliar esta técnica para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos no STF. O segundo formato é aquele dos "processos-modelo": neste, no incidente são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário. Ou seja, o que se observa neste segundo formato é cisão cognitiva e decisória (existe uma divisão de competências entre o órgão que julga a questão comum objeto do incidente, e outro órgão que decide o processo originário em todas as questões que lhe são próprias) e incorporação da tese definida do incidente aos processos repetitivos (a decisão do incidente é tomada como questão prévia pelo órgão que julgará o caso, e deverá ser adotada como premissa às considerações sobre as demais questões de cada processo). Neste caso, temos uma decisão objetiva e subjetivamente complexa: o que será executado posteriormente é uma combinação do que foi decidido pelos dois órgãos judiciários. Esta é a técnica do procedimento-modelo alemão (Musterverfahren), que foi tema de um estudo nosso e que influenciou sobremaneira a confecção do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Sem embargo, tanto a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto, quanto as sucessivas Comissões do Congresso que foram incumbidas de trabalhar com o Projeto e que vêm assessorando os parlamentares no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, todas têm estruturado, com pequenas alterações, o que vem sendo denominado de "incidente de resolução de demandas repetitivas", a ser provocado nos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça, e que sinaliza para uma iminente adoção desta técnica na legislação nacional.[323]

A partir dessa lição, pode-se verificar que o REER adota a técnica da causa-piloto, com o escopo de formar um precedente para que o Tribunal não necessite se manifestar reiteradas vezes sobre causas idênticas. Apenas excepcionalmente o novo diploma processual adota a técnica do processo modelo, isto é, quando houver desistência do REER, na forma do parágrafo único do art. 998 do CPC/2015: "A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".

323. CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. Revista de Processo. São Paulo: RT, maio 2014. v. 231. p. 201-223.

A técnica da causa-piloto se estrutura em um procedimento dividido em duas etapas. A primeira consiste em uma técnica de pinçamento, em que se busca a identificação e a reunião de recursos com idêntica questão de direito e a decisão de escolha de dois (ou mais) recursos representativos da controvérsia. É indispensável que haja multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito.

A segunda etapa somente se aperfeiçoa se houver a decisão de afetação pelo relator no STF ou no STJ. Em que pese o §1ª do art. 1.036 do CPC/2015 disponha que, "O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação [...]", tal escolha que não vinculará o relator no tribunal superior, que, por sua vez, poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia, independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem (§§4° e 5° do art. 1.036). Apenas com a escolha dos processos e a decisão de afetação propriamente dita é que se aperfeiçoa o procedimento, sendo que, a teor do §6° do art. 1.036, "somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida".

Quando o presidente (ou vice-presidente) selecionar os recursos representativos da controvérsia, determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado (tribunal de justiça) ou na região (tribunal regional federal). Assim que for proferida decisão de afetação pelo relator do tribunal superior, a afetação se torna nacional (art. 1.037, II, CPC/2015).

O recorrido pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que o recurso interposto intempestivamente pela outra parte seja retirado de seu estado de sobrestamento e, ato contínuo, seja inadmitido. O recorrente será intimado para se manifestar acerca desse requerimento no prazo de 5 dias.

Caso tal requerimento seja indeferido, o interessado poderá interpor recurso de agravo interno.

Também caberá agravo interno, quando o pedido de exclusão do sobrestamento for formulado pela própria parte que interpôs o RE ou o REsp, sob os seguintes argumentos: 1) de que a questão discutida no recurso é distinta; ou 2) de que há fundamentos novos não enfrentados pelos tribunais superiores (art. 1.030, III, §2°)[324]. Esta última hipótese se mostra fundamental para assegurar um amplo contraditório e se evitar uma sub-representação dos recursos afetados, em observância ao dever dos tribunais de se manifestar sobre todos os argumentos capazes de informar a conclusão do julgador (art. 489, §1°, IV)[325].

Com o objetivo de viabilizar o pleno conhecimento do tema afetado para julgamento, o art. 979 do CPC/2015 impõe que a afetação e o julgamento sejam sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no CNJ, bem como por meio de banco eletrônico do próprio tribunal. O registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. Apesar de o art. 979 ter sido concebido para o IRDR, o seu §3° estende a regra expressamente para os REER.

As partes que tiverem os seus processos suspensos deverão ser intimadas da suspensão e poderão requerer o prosseguimento dos seus processos, desde que demonstrem a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no REER.

Problema que pode decorrer da suspensão dos processos consiste na impossibilidade de a parte produzir provas necessárias à demonstração da distinção. Acerca disso, o FPPC editou o enunciado 364, com a seguinte redação: "O sobrestamento da causa em primeira instância não ocorrerá caso se mostre necessária a produção de provas para efeito de distinção de precedentes".

A decisão que indefere o prosseguimento do feito pela distinção será recorrível por agravo de instrumento - caso se encontre em primeiro grau - ou por agravo interno - caso se trate de decisão de relator.

O relator do REER poderá: (1) solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; (2) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento; (3) requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se. Após o transcurso do prazo do *Parquet*, o relator determinará a remessa de cópia do relatório aos demais ministros e a inclusão em pauta. Os REERs serão julgados com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Quando o recurso afetado contiver questão diversa da questão objeto da afetação, ambas serão objetos de acórdãos distintos, sendo certo que a questão afetada será julgada em primeiro lugar e o seu acórdão paradigma abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

O art. 1.039 dispõe que: "Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada". Tal dispositivo deve

324. Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: [...] III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; [...] § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.

325. Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

ser aplicável aos recursos que já se encontram suspensos no tribunal, pois, em relação aos novos recursos, porventura interpostos, será aplicável o art. 932, IV, "b", V, "b", do CPC/2015[326].

Ou seja, por ocasião do julgamento do REER, os recursos suspensos serão julgados pelos órgãos colegiados (v.g. Turmas, Câmaras), que os declararão prejudicados ou serão decididos com a aplicação da tese jurídica firmada. Caso o recurso seja interposto após o julgamento do REER, o relator decidirá monocraticamente.

Até a sentença, a parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, independentemente do consentimento do réu, ainda que já apresentada contestação por este, se a questão nela discutida foi idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Caso a desistência ocorra antes de apresentada a contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência[327].

Não se pode olvidar de que, em matéria de recursos, a desistência ganha importante espectro nos recursos repetitivos, pois o CPC/2015, em caráter excepcional, adotou a técnica de processos-modelo, na forma do parágrafo único do art. 998, seguindo a mesma lógica do §1° do art. 976 do CPC/2015: "A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente".

Se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para a fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

O *caput* do art. 1.041 trata da hipótese de, após o julgamento do REER, o tribunal de origem manter a decisão divergente. Nesse caso, o recurso extraordinário ou o especial será remetido ao tribunal superior, no regime de recursos repetitivos. O tribunal superior poderá reformar a decisão divergente ou não superar o precedente e mantê-la, hipótese na qual se identificará uma exceção universalizável relativamente a tal precedente.

Por outro lado, caso o tribunal se retrate e altere o acórdão divergente, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas, cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

326. Art. 932. Incumbe ao relator: [...] IV - negar provimento a recurso que for contrário a: [...] b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; [...] V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: [...] b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos.

327. Art. 1.040. [...] § 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. § 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência. § 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Caso o recurso verse também sobre questões diversas daquela decidida pelo regime de recurso repetitivo, depois do reexame pelo órgão de origem, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal determinará a remessa do tribunal superior, independentemente de ratificação do recurso, caso este preencha os requisitos de admissibilidade.

5.7. Agravo em Recurso Especial e Extraordinário

No CPC/2015, os recursos extraordinário e especial foram os únicos recursos que subsistiram com o duplo juízo de admissibilidade, um provisório – realizado pelo presidente (ou pelo vice-presidente), realizado pelo tribunal de origem – e outro definitivo – realizado pelo próprio tribunal superior.

O agravo em REsp e em RE é o recurso cabível contra a decisão que realiza o juízo negativo provisório de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. A decisão que admite o RE e o REsp é irrecorrível. Cabe agravo apenas contra a decisão que nega seguimento aos recursos.

Cumpre se ressalvar que, caso os recursos extraordinário e especial tenham seus seguimentos negados em razão de aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos, o recurso cabível será o agravo interno para o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, nos termos do art. 1.042 do CPC/2015.

O Agravo em REsp e em RE não se sujeita a preparo, na forma §2° do art. 1.042, uma vez que se processa nos próprios autos. Nesse sentido, o FPPC editou o enunciado n.° 225, com o seguinte teor: "O agravo em recurso especial ou extraordinário será interposto nos próprios autos".

O processamento deste agravo não segue a mesma matriz do agravo de instrumento. A petição do agravo em REsp e em RE será dirigida ao presidente (ou vice-presidente) do tribunal, que poderá exercer juízo de retratação. Caso não o faça, determinará tal tribunal a intimação do agravado, para que este ofereça resposta no prazo de 15 dias. Findo tal prazo, o recurso será remetido para o tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

Caso o presidente (ou o vice-presidente) do tribunal de origem inadmita o agravo em recurso especial ou extraordinário, o recorrente poderá ajuizar reclamação, com fundamento no art. 988, I, do CPC/2015, em razão de usurpação de competência do tribunal superior, visto que este é o único com competência para a realização do juízo de admissibilidade. Nesse sentido, é o conteúdo da Súmula 727 do STF: "Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais."

Aplica-se, ao agravo, o regime de repercussão geral e de recursos repetitivos, inclusive no tocante à possibilidade de sobrestamento e de juízo de retratação, haja vista que se mostra possível a multiplicidade de agravos com idênticas

discussões de questões processuais, apesar de os méritos dos processos serem completamente distintos.

Na hipótese de interposição conjunta de recursos extraordinário e especial, o agravante deverá interpor um agravo distinto para cada recurso que não tenha sido admitido, sendo os autos remetidos inicialmente para o Superior Tribunal de Justiça.

Por economia processual, o CPC/2015 autoriza o julgamento conjunto do agravo com o recurso especial ou extraordinário que se almeja "destrancar".

Desse modo, o processo seguirá para o STJ, para que o agravo e o REsp sejam examinados. Somente em momento posterior, o processo será encaminhado para o STF, para a apreciação do agravo e do RE.

Assim, se o acórdão recorrido na origem possuir mais de um fundamento autônomo e apto para a sua manutenção, o não conhecimento ou o não provimento de qualquer dos recursos dirigidos ao STJ prejudicarão o julgamento dos recursos dirigidos ao STF.

Caso interposto RE e REsp, e apenas um deles tenha o seu seguimento negado pelo presidente (ou pelo vice-presidente) do tribunal, a interposição do um único agravo implicará a remessa do recurso para o tribunal competente.

5.8. Embargos de Divergência

Os embargos de divergência se apresentam como um recurso voltado a impugnar decisões colegiadas de órgãos fracionários do STF e do STJ, proferidas, respectivamente, em sede de recurso extraordinário e especial, com o escopo de se uniformizar a jurisprudência interna destes tribunais.

Segundo o art. 1.043 do CPC/2015, é embargável o acórdão de órgão fracionário que: (1) "em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito" (inciso I); (II) em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia (inciso III).

Assim, tal recurso somente é cabível contra decisões colegiadas de uma das turmas do STF ou de uma turma ou seção do STJ. Não cabem embargos de divergência contra decisões do Plenário do STF ou da Corte Especial do STJ. Entretanto, as decisões destes últimos órgãos podem servir como acórdão paradigma para o confronto analítico que deve ser feito com o acórdão recorrido. Também podem servir de acórdão paradigma decisões proferidas em ações de competência originária[328].

328. Art. 1043. [...]§ 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária.

Em regra, o acórdão paradigma deve ter sido proferido por outro órgão do próprio tribunal. Todavia, em caráter excepcional, admite-se que o acórdão paradigma seja do mesmo órgão fracionário, desde que a sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros[329].

Os embargos de divergência devem fazer o confronto analítico dos julgados, para demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os julgados. Nesse sentido, o §4° do art. 1.030 do CPC/2015 dispõe que: "O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência, inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados".

Cumpre se ressaltar que o mérito da causa é diferente do mérito recursal, razão pela qual, nos termos do §2° do art. 1.043 do CPC/2015, os embargos de divergência podem ser opostos para impugnar questões de direito material ou de direito processual.

Dúvida que pode surgir diz respeito ao cabimento dos embargos de divergência contra decisão colegiada em sede de agravo interno. A partir da literalidade dos incisos do art. 1.043, poder-se-ia imaginar que os embargos não seriam cabíveis. Nesse sentido, o STF havia editado a Súmula n.° 599, *in verbis:* "São incabíveis embargos de divergência de decisão de turma, em agravo regimental". Tal enunciado foi cancelado, por ocasião dos seguintes julgamentos: RE 356069 AgR-EDv-AgR (DJe n° 55 de 28/03/2008), RE 285093 AgR-ED-EDv-AgR, (DJe n° 55 28/03/2008) e RE 283240 AgR-ED-EDv-AgR (DJe n° 47 14/03/2008).

Posteriormente à edição desse enunciado, o STJ editou duas súmulas acerca do tema, que se mostram imprescindíveis para a compreensão do tema. A Súmula 315 estabelece que: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite REsp". Já a Súmula 316 enuncia que: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide REsp".

Ao se analisar os acórdãos que deram origem ao enunciado de súmula 316 do STJ, verifica-se que o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em REsp n° 258.616-PR, apresentou voto no seguinte sentido:

> Tem-se entendido, todavia, que após a edição da Lei 9.756, de 17.12.98, deve ele ser interpretado *modus in rebus*, uma vez autorizado o relator, por lei, a decidir monocraticamente o próprio mérito, não sendo razoável, em conseqüência, inadmitir-se *tout court* os embargos de divergência somente por tratar-se de decisão proferida em agravo interno. Com efeito, se a decisão

329. Art. 1043. [...]§ 3º Cabem embargos de divergência quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros.

colegiada proferida no âmbito do agravo interno veio substituir, por hábil mecanismo legal de agilização de processos, nas instâncias extraordinária e especial, a decisão colegiada do recurso especial, e se é do escopo do recurso especial a uniformização interpretativa do direito federal infraconstitucional, a pressupor que tal uniformização comece por se dar no próprio Tribunal que por força de norma constitucional dela se incumbe, razoável a todas as luzes ensejar-se a possibilidade dessa uniformização na hipótese, quer em face do interesse da parte, quer em face do superior interesse público.

Assim, verifica-se que os tribunais superiores admitem a oposição de embargos de divergência contra a decisão proferida em agravo interno, desde que a decisão colegiada do agravo interno diga respeito ao próprio mérito do RE ou do REsp, anteriormente julgado de forma monocrática pelo relator.

Nesse sentido, o FPPC editou o enunciado n.º 230, com a seguinte dicção: "Cabem embargos de divergência contra acórdão que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, decide recurso especial ou extraordinário".

Cumpre se observar que o inciso II do art. 1.043 do CPC/2015 – que autorizava a oposição de embargos de divergência relativos ao juízo de admissibilidade do RE e do REsp – foi revogado pela Lei n.º 13.256/2016.

Logo, continua em vigor a Súmula n.º 315 do STJ, que estabelece que: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite REsp"[330]. Isso, porque o mérito do agravo em RE ou em REsp e o mérito do próprio RE ou do REsp não se confundem, visto que aquele se refere à admissibilidade destes.

Tal matéria foi objeto do Informativo STJ n.º 610:

DESTAQUE

Cabem embargos de divergência no âmbito de agravo que não admite recurso especial com base na Súmula 83/STJ para dizer que, no mérito, o acórdão impugnado estaria em sintonia com o entendimento firmado por esta Corte Superior.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Trata-se de embargos de divergência em que se discute, preliminarmente, sua admissibilidade em razão de ter sido interposto contra acórdão que negou provimento a agravo regimental e manteve decisão monocrática que negou seguimento ao agravo em recurso especial com aplicação da Súmula 83/STJ. Inicialmente, consigna-se que a Corte Especial do STJ decidiu que é admitida a oposição de embargos de divergência contra acórdão exarado em sede de agravo em recurso especial, quando a decisão, fundada no art. 544, § 4º, "c", do CPC/73, conhece do agravo para dar provimento ao recurso especial, ocasião em que estaria ocorrendo verdadeiro julgamento do mérito

330. Para adaptar a súmula à nomenclatura do CPC/2015, a expressão agravo de instrumento deve ser lida como agravo em RE e REsp.

do apelo, bem como que, naqueles casos em que o agravo é conhecido, mas nega-se seguimento ao recurso especial, não se admitiria a interposição de embargos de divergência, já que em tais hipóteses não haveria ocorrido o enfrentamento do mérito da controvérsia, a ensejar a incidência da Súmula 315/STJ, segundo a qual "não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial". No entanto, destaque-se que os precedentes que deram origem ao Enunciado da Súmula 315/STJ referem-se acerca do não cabimento de embargos de divergência em sede de agravo de instrumento no recurso especial (atual agravo em recurso especial) quando o acórdão embargado não tivesse examinado o mérito do recurso especial, limitando-se a obstar o seu seguimento em razão da existência de óbices de admissibilidade. Desse modo, o impedimento da Súmula 315/STJ aplica-se apenas naqueles casos em que os embargos de divergência buscam o reexame de pressupostos de conhecimento do recurso especial, pois referido recurso tem por finalidade exclusiva a uniformização da jurisprudência interna do Tribunal quanto à interpretação do direito em tese, não servindo para discutir o acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica de conhecimento de apelo nobre. Outrossim, em que pese existirem precedentes em sentido diverso, nos casos em que o acórdão embargado obsta o recurso especial com base na Súmula 83/STJ ("Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida"), para dizer que, no mérito, o acórdão impugnado estaria em sintonia com o entendimento firmado pelo STJ, não restam dúvidas de que houve exame do mérito da controvérsia recursal, não havendo razões para negar-se o direito da parte de interpor o competente embargos de divergência.

(EAREsp 200.299-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, por unanimidade, julgado em 23/8/2017, DJe 1º/9/2017).

No processamento e julgamento dos embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido nos arts. 330 a 336 do Regimento Interno do STF, e nos arts. 266 e 267 do Regimento interno do STJ.

Os embargos de divergência interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário. Nesse sentido, é o §1º do art. 1.044, *in verbis*: "A interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça interrompe o prazo para interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes".

Por ocasião do julgamento do REsp, pode ocorrer de ambas as partes se tornarem sucumbentes. Caso esta decisão tenha sido proferida por órgão fracionário e esteja em confronto com uma decisão de outro órgão do STJ, mostra-se possível a interposição de embargos de divergência, que, como dito, interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário.

Nessa hipótese, mostra-se possível que uma parte interponha embargos de divergência e a outra parte interponha recurso extraordinário. O §2º do art. 1.040 do CPC/2015 traz a seguinte regra: "Se os embargos de divergência forem desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte antes da publicação do julgamen-

to dos embargos de divergência será processado e julgado independentemente de ratificação".

Dúvida pode surgir em relação à situação inversa, em que os embargos de divergência são providos, e a outra parte já tenha interposto recurso extraordinário. Apesar da ausência de regra expressa, pode-se perceber que a sistemática adotada pelos embargos de divergência no §2° do art. 1.040 é similar à estabelecida nos embargos de declaração no §5° do art. 1.024[331], razão pela qual se deve adotar, por analogia, a regra constante do §4° do art. 1.024.

> § 4° Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Por fim, cumpre se salientar que o procedimento de recursos repetitivos também pode ser aplicável, por analogia, aos embargos de divergência, conforme já restou decidido pela Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento do EREsp 1.403.532/SC.

6. RECURSO ADESIVO

O art. 977 do CPC/2015 consagra todo o regramento do recurso adesivo. Apesar de o novo diploma trazer apenas um dispositivo, nele regulamenta todos os pressupostos de admissibilidade de dito recurso.

Desde já, calha se ressaltar que o recurso adesivo não se apresenta como uma nova espécie de recurso, tal como as previstas no art. 994 do CPC/2015[332]. O recurso adesivo é uma forma de interposição de recurso, somente admitida nos recursos de apelação, extraordinário e especial, nos termos do inciso II, §2°, do art. 997 do CPC/2015[333]. DIDIER JR. e CUNHA sustentam, ainda, a admissibilidade do recurso ordinário adesivo, quando esse desempenhar o papel de recurso de apelação no caso das ações propostas por Município ou pessoa residente no Brasil em face de estado estrangeiro ou de organismo internacional (CF/88, art. 109, II)[334].

331. Art. 1.024. [...] § 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

332. Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

333. Art. 997. [...] II - será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial.

334. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016. p. 149.

O termo "adesivo" não é o mais adequado, mas não deve ser abandonado, pois é a expressão utilizada pela própria lei. Todavia, cabe se esclarecer que não se trata de adesão propriamente dita, pois a parte não está simplesmente aderindo ao recurso da outra parte. Na verdade, trata-se de subordinação de um recurso a outro.

> Art. 997. [...] § 2° O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

O recurso adesivo tem por escopo dar nova oportunidade de recorrer àquela parte que, apesar de parcialmente sucumbente, aceitaria o resultado estabelecido pela decisão, caso o processo fosse encerrado.

Trata-se de instrumento de desestímulo à litigiosidade, pois, caso não fosse possível a interposição do recurso adesivo – tal como acontecia na vigência do CPC/1939 –, a parte se sentiria estimulada a recorrer da parcela da decisão que lhe foi desfavorável, diante da possibilidade de interposição de recurso pela outra parte.

O recurso adesivo, além dos requisitos normais à espécie recursal utilizada (apelação, RE e REsp), possui dois requisitos específicos: a admissibilidade do recurso da parte contrária e a sucumbência recíproca.

No tocante à admissibilidade do recurso da parte contrária, o inciso III do §2° do art. 997 enuncia que: "não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível". Acerca do tema, Flavio Cheim Jorge leciona que o recurso adesivo também não será conhecido quando o recurso independente for provido para anular a sentença.

> Outra situação que também certamente leva ao não conhecimento do recurso adesivo é aquela que ocorre quando, no julgamento do recurso principal, a decisão é anulada. Em tal caso, o tribunal não pode conhecer do recurso adesivo, porque ele restará prejudicado. Com efeito, não se trata propriamente de um requisito de admissibilidade do recurso adesivo, mas sim de perda de interesse recursal superveniente.[335]

Já, em relação à sucumbência recíproca, o §1° do art. 997 estabelece que: "Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro".

A expressão "vencidos" afasta qualquer dúvida acerca da necessidade de sucumbência recíproca. A utilização do recurso adesivo pressupõe esta.

Em relação à legitimidade para interpor o recurso adesivo, o mencionado dispositivo se refere ao autor e ao réu. Não cabe ao terceiro, nem ao Ministério Público – quando atuar como *custos legis* – apresentar recurso adesivo, visto que não são sucumbentes.

335. JORGE, Flavio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 429

Quando houver litisconsórcio em qualquer dos polos da ação, o recurso adesivo somente poderá ser interposto contra aquele que apresentou o recurso independente, salvo quando se tratar de litisconsórcio unitário ou de solidariedade passiva com defesas comuns, na forma preconizada pelo art. 1.005 do CPC/2015.

> Art. 1.005. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses.
>
> Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns.

A título de exemplo, "A" ajuíza uma ação em face de "B" e "C", que vem a ser julgada parcialmente procedente. Se apenas "B" interpõe recurso independente de apelação, "A" não poderá interpor apelação adesiva em desfavor de "C", ou, conjuntamente, contra "B" e "C", salvo se houver litisconsórcio unitário ou relação de solidariedade com comunhão de defesas entre "B" e "C".

O recurso adesivo será dirigido ao órgão perante o qual o recurso independente fora interposto, no prazo de que a parte dispõe para apresentar as contrarrazões.

Não se pode confundir o recurso de apelação adesivo com as contrarrazões de recurso de apelação, no caso do §1° do art. 1.009 do CPC/2015[336], uma vez que seus objetos são distintos.

O recurso adesivo de apelação destina-se a impugnar a parcela da sentença em que a parte foi sucumbente. Por outro lado, a possibilidade de se impugnar decisões em sede de contrarrazões de apelação somente é autorizada em relação às decisões interlocutórias não sujeitas à impugnação através de agravo de instrumento, proferidas em desfavor da parte que se sagrou vitoriosa.

O objeto do recurso adesivo será limitado pela decisão recorrida, e não pelo recurso da outra parte. O limite impugnativo desse recurso não ficará vinculado ao capítulo da sentença impugnado pelo recurso independente. O recurso adesivo se voltará, no todo ou em parte, contra a parcela da decisão em que recorrente adesivo foi sucumbente, na forma do art. 1.002 do CPC/2015[337].

Posto isto, pode-se concluir que o recurso adesivo é importante instrumento de desestímulo à interposição de recursos, haja vista que a parte que obteve uma vitória parcialmente, caso venha a interpor recurso, abrirá caminho para que a outra parte busque uma decisão que lhe seja totalmente desfavorável.

336. Art. 1.009. [...] § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

337. Art. 1.002. A decisão pode ser impugnada no todo ou em parte.

7. CONCLUSÕES

Para finalizar o presente trabalho, mostra-se de suma importância firmar-se a premissa de que o CPC/2015 não se apresenta como uma série de reformas pontuais do sistema recursal anterior.

O CPC/2015 implementa uma verdadeira reestruturação do sistema processual civil, na qual toda interpretação deve ter como ponto de partida os princípios da Duração Razoável do Processo, da Primazia da Decisão de Mérito, da Boa-fé, da Cooperação, da Fundamentação das Decisões e da Vedação da Decisão Surpresa.

Ademais, para uma correta exegese dos seus institutos, o direito processual deve se alimentar e, simultaneamente, servir-se do direito material e do direito constitucional.

Portanto, a partir dessas premissas, podemos concluir que o processo deve ser compreendido como um direito fundamental – voltado a assegurar a liberdade dos indivíduos.

Nesse contexto, os recursos exercem relevante papel distributivo de justiça, especialmente no contexto de uma nova sistemática de precedentes, por seu turno, volvida a conferir tratamento equânime aos indivíduos.

8. REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: UNAM, 2000.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. E-book.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª Edição. Brasília/DF: CNJ, 2015. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>Acesso em 21/04/2016.

BODART, Bruno Vinicius da Rós. **Da Exibição de Documento ou Coisa**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos**. Revista de Processo. São Paulo: RT, maio 2014. v. 231. p. 201-223.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Será o fim da categoria condições da ação?** Uma intromissão no debate travado entre Fredie Didier Jr e Alexandre Freitas Câmara. Revista de Processo. São Paulo: RT, agosto 2011, v.198. p. 227-235.

DIDIER JR., Fredie. **Comentários ao art. 487 do CPC**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

________________. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1.

________________; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** Meio de Impugnação às decisões judiciais e processos nos Tribunais. vol. 3. 13ª ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2016

ESTEVES, Silva; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**: De acordo com a EC 74/2013. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos. Teoria Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: recursos e processos de competência originária dos tribunais, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. III.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. II.

JORGE, Flavio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

________________; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A aplicabilidade do art. 932, parágrafo único, do novo CPC aos recursos extraordinários e especial: confronto com o art. 1.029, §3°**, disponível em [http://portalprocessual.com/a-aplicabilidade-do-art-932-paragrafo-unico-do-novo-cpc-aos-recursos-extraordinario-e-especial-confronto-com-o-art-1-029%C2%A73o/]. Acessado em 07.05.2016

LIPIANI, Julia. **Reconstrução do interesse recursal no sistema de força normativa do precedente**. Civil Procedure Review, 2014, v.5, n. 2, p. 16. Disponível em http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=397%3Areconstrucao-do-interesse-recursal-no-sistema-de-forca-normativa-do-precedente&catid=78%3Apdf-revista-n2-2014&Itemid=61&lang=pt. Acessado em 12/05/2016.

________________; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1. p. 581-615.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 1.

________________. **Novo Curso de Processo Civil**: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. vol. 2.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Os embargos de declaração e o "Princípio" da Duração Razoável do Processo.** In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. (Coord.). Recursos e Duração Razoável do Processo. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Thiago Figueiredo. **A disciplina do prazo em dobro para litisconsortes com diferentes procuradores:** noções gerais e regramento adotado pelo CPC/2015. In Revista Eletrônica EJUD do TRT da 17ª Região. 2015. 7ª ed. 2015. Disponível em: <http://wwwl.trtes.jus.br/sic/sicdoc/ContentViewer.aspx?id=3857&sq=935785172&fmt=1&prt=> Acesso em 13/05/2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 17ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998. p. 213-215

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (Org.); FREIRE, Alexandre (Coord. Exec.). Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256/2016. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Negócios Processuais e Duplo Grau de Jurisdição**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA Pedro Henrique (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Processuais. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. vol. 1.

ROCHA, Felippe Borring. **Os impactos do Novo CPC na Defensoria Pública:** Intimação Pessoal e Prazo em Dobro. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.); DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). Coleção Repercussões no Novo CPC: Defensoria Pública. 1ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. vol. 5. p. 271-272

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

________________. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2016.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira Siqueira. **A aplicação da "Teoria da Causa Madura" no Sistema Recursal do Novo Código de Processo Civil**. In: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. et al. (Coord.). Recursos e Duração Razoável do Processo. 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

TALAMINI, Eduardo. **O Dever de Prevenção no âmbito recursal.** Artigo publicado no site migalhas, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235964,101048-Dever+de+prevencao+no+ambito+recursal> Acesso em: 19/04/2016

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Comentários ao art. 996 do CPC**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI JÚNIOR. Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição. 2ª ed. Atlas. São Paulo. 2014.